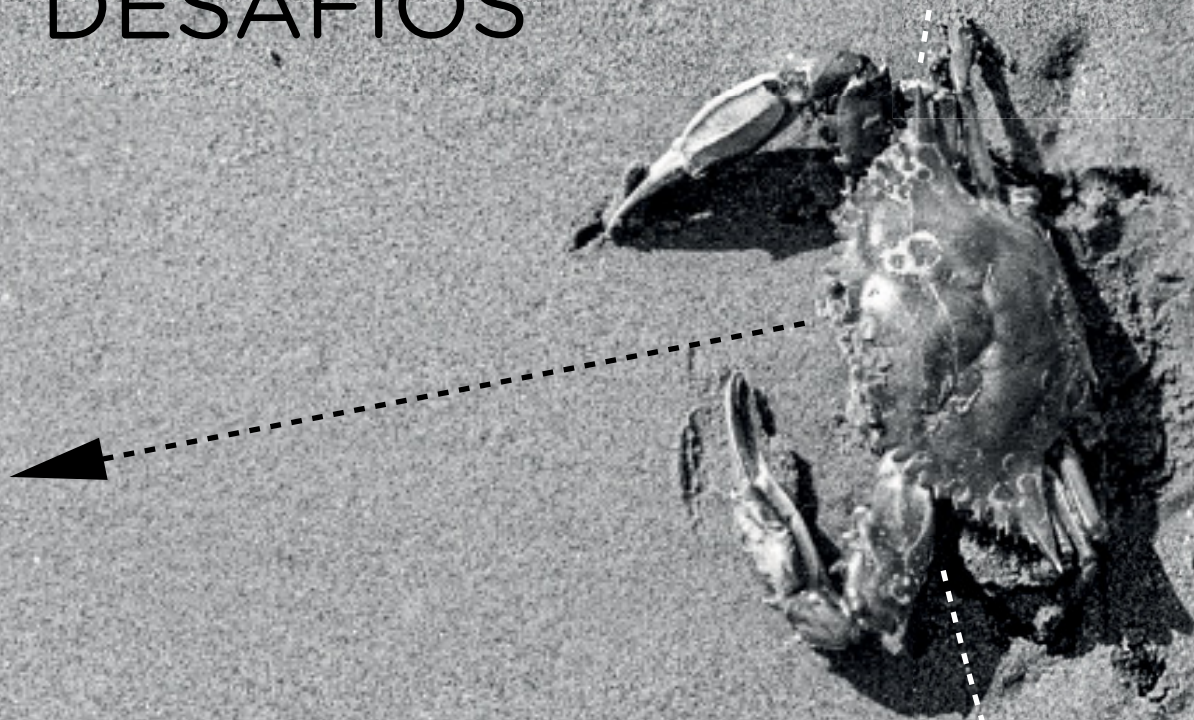


Conferencia internacional

CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES:

EXPERIENCIA
COMPARADA
Y DESAFÍOS



INDECOPI

CONFERENCIA INTERNACIONAL:

"CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES: EXPERIENCIA COMPARADA Y DESAFÍOS"

INDECOPI, Lima, 2018.

Área: Ciencias Sociales

Formato: E-Book

Páginas: 44

Copyright © 2019

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Síguenos: Indecopi Oficial



Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Transcripción escrita de las exposiciones orales desarrolladas en la Conferencia Internacional: "Criminalización de los cárteles: Experiencia comparada y desafíos"

Ortografía, sintaxis y edición: Gloria Centeno, Francesca Lizarzaburu y Pedro Salinas.

Supervisión y revisión de la edición: José Purizaca Vega, Director de la Escuela Nacional del Indecopi.

Fotografías: Archivo fotográfico del Indecopi.

Diseño, diagramación y digitalización e-book: Bruno Román Bianchi

ISBN N° 978-9972-664-81-6

Editado en 2019. Primera edición digital.

E-Book. Esta publicación se puede consultar como un texto interactivo en

<http://www.escuela-indecopi.edu.pe/>

La versión electrónica permite a los profesionales e interesados en el tema compartir información y material relacionado, para mejorar la experiencia de aprendizaje multimedia y el intercambio de conocimientos.

La información contenida en este documento puede ser reproducida, mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas. Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los expositores y/o autores, son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.

Nota del editor: En la transcripción oral a texto de las exposiciones, se ha respetado la variedad del español y el carácter coloquial utilizado por los ponentes.

CONSEJO DIRECTIVO

Ivo Sergio Gagliuffi Piercechi
Presidente

Fernando Martín De la Flor Belaunde
Consejero

Teresa Mera Gómez
Consejera

Hania Pérez de Cuellar Lubienska
Consejera

Lilian del Carmen Rocca Carbajal
Consejera

CONSEJO CONSULTIVO

María Matilde Schwalb Helguero

Catalina Chepa Guzmán Melgar

Lieneke María Schol Calle

Ana Inés Amelia Temple Arciniega

Alberto Nabeta Ito

César Calvo Cervantes

GERENTE GENERAL

Francisco Javier Coronado Saleh

Director de la Escuela Nacional del Indecopi

José Carlos Purizaca Vega



CONTENIDO

Conferencia internacional

CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES: EXPERIENCIA COMPARADA Y DESAFÍOS

PALABRAS DE BIENVENIDA

María del Pilar Cebrecos

Presidente de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

SESIÓN 1: **CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES:** JUSTIFICACIÓN Y DESAFÍOS CLAVE

EXPOSITOR

Peter Whelan

Subdirector del Centro de Estudios de Justicia Penal de la Universidad de Leeds

PANELISTA

Mario Zúñiga

Vicepresidente de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

SESIÓN 2: **CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES:** ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DEL CÁRTEL CRIMINAL

EXPOSITOR

Peter Whelan

Subdirector del Centro de Estudios de Justicia Penal de la Universidad de Leeds

PANELISTA

David Fernández

CLC Indecopi

PALABRAS DE CLAUSURA

Ivo Gagliuffi Piercechi

Presidente de Consejo Directivo del Indecopi



palabras de **BIENVENIDA**

Estimados amigos, permítanme presentarme. Soy María del Pilar Cebrecos, Presidente de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Deseo agradecer a todos ustedes por su presencia en la Conferencia Internacional "Criminalización de los cárteles: Experiencia comparada y desafíos".

En particular, deseo agradecer al profesor Peter Whelan, quien amablemente ha aceptado nuestra invitación para compartir con nosotros, su tiempo, su conocimiento y experiencia en la aplicación de políticas de competencia. El profesor Whelan es experto en leyes de competencia y derecho penal. Es catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leeds, Inglaterra, y Subdirector del Centro de Estudios de Justicia Penal de la misma casa universitaria. Tiene un título de Doctor en Derecho por el St John's College de la Universidad de Cambridge.

Su trayectoria académica incluye la publicación en prestigiosas revistas jurídicas como *Oxford Journal of legal Studies*, *Cambridge Law Journal* y *Modern Law Review*. Recientemente, completó una monografía en la que analizó los desafíos inherentes a la criminalización del cártel europeo que fue publicada por *Oxford University Press* como parte de la serie "*Oxford Studies in European Law*".

Respecto a su trayectoria profesional, el profesor Whelan ha realizado pruebas orales ante el parlamento de Nueva Zelanda sobre criminalización de cárteles; ha sido nombrado experto internacional por la Autoridad de Competencia y Consumo de Finlandia; es asesor no gubernamental de la Red Internacional de Competencia que comprende más de 130 autoridades de competencia en el mundo. Muchas gracias, profesor, por acompañarnos esta mañana.

También, deseo agradecer la participación de nuestro panelista, el Sr. Mario Zúñiga, quien es miembro de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master of Law por la George Washington University Law School y asesor en el Ministerio de Economía y Finanzas; profesor de Análisis Económico del Derecho en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad de Lima; y fue profesor en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El señor Zúñiga comentará el tema "Criminalización de los cárteles: Justificación y desafíos clave". Finalmente, siguiendo nuestro programa, tendremos las palabras de clausura del Sr. Ivo Gagliuffi, Presidente del Consejo Directivo del Indecopi, desde setiembre del año 2016. El Sr. Gagliuffi es abogado por la Universidad de Lima, con más de 20 años de experiencia; cuenta con un Posgrado en Derecho Corporativo por la Universidad de Salamanca; elegido como uno de los cinco abogados más recomendados en el país en temas de Libre Competencia y Derecho Concursal por *Practical Law* *Wish Lawyer* en el periodo del 2006 al 2008, así como, *Chambers and Partners* en el 2009, 2010 y en el 2011.

Como vemos, nuestros acompañantes, el profesor Whelan y el Dr. Mario Zúñiga, están altamente especializados, por lo que agradecemos y aprovecharemos al máximo su experiencia en esta conferencia.

Sabemos que, si bien en el Perú sólo se imponen sanciones administrativas por infracciones a las normas de libre competencia, la experiencia internacional, a cargo de nuestro expositor, nos permitirá conocer más sobre la criminalización de las conductas anticompetitivas en el mundo, los problemas que pueden surgir a partir de la referida criminalización de los cárteles; así como, aspectos importantes dados en la reforma del delito del cártel en el Reino Unido, que entró en vigencia en el año 2014.

Para no extenderme más, quiero ceder la palabra a nuestro expositor, para quien pido fuertes aplausos.

Muchas gracias.



María del Pilar Cebrecos
*Presidente de la Comisión
de Defensa de la Libre Competencia
del Indecopi*



SESIÓN 1:

CRIMINALIZACIÓN DE LOS CÁRTELES:

*JUSTIFICACIÓN Y
DESAFÍOS CLAVE*

Peter Whelan

Muchas gracias por invitarme el día de hoy. Estoy muy emocionado de estar en el Perú para poder exponer mi presentación sobre la criminalización de cárteles. Voy a hacer lo mejor posible para poder darles una mirada integral acerca de este difícil rubro del cumplimiento de las leyes de competencia.

En primer lugar, debo decir que no estoy aquí para decirles que deben de introducir sanciones penales para los cárteles en Perú. Soy un académico y no tengo mayor interés en obligarlos a que introduzcan sanciones penales para los cárteles. Solamente quiero brindarles algo de mi conocimiento. He realizado una investigación extensa en esta área y, espero ser capaz de explicar algunas cosas que les van a parecer interesantes y de utilidad para su propia jurisdicción.

Mi presentación tiene dos partes. Esta es la primera. Lo que quiero hacer es examinar la justificación racional para la implementación de sanciones penales para las violaciones de las leyes de competencia. Y también, quisiera detallar algunos de los difíciles desafíos. Ahora tengo, creo yo, media hora para poder hablar sobre la primera parte. Por lo tanto, no me será posible revisar con ustedes todos los desafíos. Como se mencionó previamente, he escrito un libro sobre esta temática y he revisado los diferentes desafíos en el contexto de aquel libro, particularmente, los desafíos teóricos, desafíos legales y los desafíos prácticos que se involucran en la criminalización de los cárteles. No va a ser posible revisar todos esos temas, por supuesto, en el tiempo asignado. Pero estaré dispuesto a responder sus preguntas y, espero, poder exponer acerca de los puntos más importantes descritos en mi libro.

Lo que deseo hacer es presentar y explicar la razón principal por la cual tenemos sanciones penales en este contexto y, también, detallar algunos de los asuntos problemáticos. Voy a concentrarme en dos asuntos en particular. El primero, es acerca de cómo lidiar con la actividad de cartel legítima. La actividad de cartel legítima existe. Es bastante rara, pero puede que exista. ¿Cómo es que hemos lidiado con ello creando un tipo de delito penal? Esa es una pregunta muy importante.

El segundo asunto es con respecto a la moralidad o lo ilícito. ¿Es acaso relevante si criminalizamos un acto que ya es ilícito de por sí? Y si es así, ¿cómo nos aseguramos de que el tipo de delito que creamos realmente contenga lo ilícito, la criminalidad del acto? Existen buenas razones por las cuales nosotros quisiéramos hacer eso. Y hay, ciertamente, ventajas en asegurarse de que el delito penal contenga el acto inmoral. Por lo tanto, voy a revisar ese asunto a detalle.

Luego, en la segunda parte de la presentación, voy a tratar acerca de la experiencia del Reino Unido en la criminalización de la actividad de cartel. El Reino Unido tiene un enfoque particular para uno de aquellos asuntos que, pienso yo, es un enfoque muy bueno. No me malinterpreten, el Reino Unido tiene algunos problemas serios con este tipo de delito y su régimen. Ha cometido ciertos errores al crear este régimen, desde mi punto de vista. Pero, también tiene cosas buenas. Deseo concentrarme, mayormente, en aquellas cosas para que puedan entender la mejor práctica en esta área.

El primer punto con el que deseo empezar es con la definición de un cartel. Sé que puede resultar un poco extraño, quizá, que alguien se presente ante una autoridad de competencia y defina lo que es un cartel. Pero es importante, porque no necesariamente



tiene un significado legal. Existen varios significados para la palabra "cártel". Esto se esclarece cuando uno consulta la literatura. De hecho, es solo algo muy reciente en la Ley Europea que el término "cártel" se tome en un significado legal específico.

Considerando la palabra "cártel", podríamos hablar acerca de las personas o las compañías involucradas en un acuerdo; podríamos hablar acerca de una práctica en cuestión, como la fijación de precios (concertación de precios) o podríamos hablar acerca de un acuerdo bajo la mesa que ha sido creado entre las partes involucradas. Entonces, ¿cuándo hablamos de un cártel? Lo que deseo usar, avanzando con mi presentación, es la siguiente definición, que es tomada de la Recomendación sobre las Actividades de los Cáteles Intrínsecamente Nocivos (OCDE, 1998): "un acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o acuerdos anticompetitivos hechos por competidores para fijar precios, hacer ofertas concertadas (licitaciones colusorias), establecer restricciones en la producción o cuotas, o compartir o dividir mercados al repartir (consignar) clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio".

Todos sabemos acerca de los efectos negativos potenciales de este tipo de actividad. Tenemos precios más altos para los consumidores; tenemos una reducción de la eficiencia en la sociedad. En particular, se tiene lo que se llama "pérdida del peso muerto". En otras palabras, tenemos consumidores que hubiesen podido comprar el bien al precio competitivo, que se ven impedidos de comprar el bien en adelante. Han sido relegados del mercado por el precio. También, se podría tener un impacto en la innovación.

Podríamos tener también los efectos paraguas, donde las entidades o compañías que no son parte del cártel incrementan sus precios a la par, debido al cártel. Por lo tanto, ellos no vendrían a ser formalmente parte del cártel, pero hay un impacto porque ellos ven el impacto del cártel que está en vigencia y deciden sumarse (p.e., ellos elevan sus precios) sin haber acordado formalmente para coludirse. Entonces, hay claros efectos negativos de los cárteles. ¡Estoy seguro de que ya todos ustedes lo saben, como parte de su trabajo aquí en la autoridad de competencia!

También sabemos que los cárteles están prohibidos alrededor del mundo. Hay varios países que tienen leyes de competencia y dichas leyes de competencia sirven para hacer cierto número de cosas. Estas se enfocan en los acuerdos y los actos unilaterales y es la parte de la prohibición acerca de los acuerdos colusorios por la que tenemos a los cárteles siendo capturados por la ley de competencia.

Lo interesante aquí son los tipos de regímenes de cumplimiento y aplicación que existen alrededor del mundo y que podrían existir alrededor del mundo considerando la aplicación y cumplimiento de la regulación de cárteles. Podemos ver que actualmente existe una amplia variedad de distintos tipos de castigos disponibles, y podemos hablar acerca de las sanciones administrativas; podemos tener sanciones administrativas para las compañías o podríamos hacer que se impongan sobre los individuos. O en efecto, podríamos tener ambas. Podríamos tener sanciones penales impuestas sobre la corporación, si quisiéramos también; podríamos tener sanciones penales impuestas sobre los individuos involucrados en la actividad de cártel; podríamos mandar a personas a prisión; podríamos imponer órdenes para restringir a aquellos individuos de participar en cualquier actividad empresarial en el futuro (con órdenes de inhabilitación para asumir cargos administrativos, por ejemplo); podríamos, también, tener otros tipos de sanciones, por ejemplo, demandas por daños y perjuicios dirigidas a obtener una compensación que podría tener aspectos punitivos, tal vez, dependiendo de las particularidades del régimen.



Debo detenerme aquí para darles la definición de la palabra "criminalización". ¿A qué me refiero con criminalización? Eso es importante. A lo que me refiero con criminalización es al uso del encarcelamiento, enviando a individuos a prisión. No hablo acerca de la corporación; estoy hablando de individuos. Pero no hablo solamente de una multa, una sanción monetaria; estoy hablando acerca de enviar potencialmente a alguien a prisión.

Esto debe de ser entendido desde el inicio, porque hay diferentes definiciones para la palabra "criminal". Por ejemplo, en la Unión Europea hay un argumento sólido que al imponer sanciones administrativas sobre las compañías y esperar que ellas paguen multas muy elevadas es, de hecho, un "procedimiento criminal" para los propósitos de la ley de los Derechos Humanos (p.e. la Convención Europea sobre los Derechos Humanos).

A lo que me refiero aquí es que tradicionalmente en Europa, ciertamente en contraste con los Estados Unidos, la aplicación y cumplimiento de la regulación de cárteles ha evitado prolongadamente ese tipo de aplicación: enfocarse en los individuos y enviarlos a prisión. Lo mismo podría decirse del resto del mundo, por cierto. Sin embargo, recientemente, hay una tendencia que ha venido en aumento en Europa y en todos lados, por ejemplo, en Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Brasil y en efecto, en otras partes del mundo, de buscar el encarcelamiento en este contexto para asegurar la aplicación y cumplimiento efectivo de la regulación de cárteles.

Existen diversos asuntos difíciles acerca de los cuales podríamos conversar aquí. ¿Acaso es necesario hacer esto? ¿Por qué deberíamos hacerlo? Pero incluso si fuese necesario, ¿debemos hacerlo? ¿Acaso es apropiado enviar a las personas a prisión por este tipo de actividad? En relación con ello, por supuesto, hay una interrogante con respecto a las normas. ¿Qué tipo de normas morales son relevantes aquí? ¿Acaso las personas se preocupan mucho de la actividad de los cárteles y de su impacto, que en realidad quisieran ver a las personas ir a prisión? Esa es una pregunta importante.

Si le preguntan al peruano promedio que encuentran en las calles acerca de la actividad de cárteles, ¿acaso ella o él van a saber de lo que le están hablando? ¿Les responderían con una reacción de entusiasmo? Y si es el caso, o si no lo es, ¿cuáles son las implicancias de la criminalización? Y por supuesto, podríamos hablar acerca de la necesidad de apoyo, apoyo político, apoyo en una agencia fiscalizadora, apoyo por parte del público.

Podemos hablar también acerca de cosas más jurídicas como las garantías de los Derechos Humanos. Si quisiéramos imponer sanciones a una compañía, la compañía por supuesto que va a tener ciertas garantías (debido proceso). Cuando se envía a los individuos a prisión, se necesita tener las más estrictas garantías de los derechos humanos en ese caso en particular. Si se aumentan las garantías de los derechos humanos -sí, por ejemplo, hay un derecho más fortalecido en contra de la autoincriminación- ¿qué impacto debe tener aquello sobre el argumento a favor de la criminalización? Es más difícil asegurar procesamientos exitosos, a menos que otros poderes sean otorgados. Dichos poderes deberían incluir el poder, la facultad de intervenir telefónicamente o de infiltrar agentes humanos dentro del cártel. Eso es importante.

La diapositiva que les estoy enseñando muestra la tendencia global hacia la criminalización de los cárteles. Resalto esta imagen únicamente con propósitos ilustrativos. No es completamente precisa, faltan algunos países. Estuve en Chile ayer, y falta Chile. Estonia también falta y de hecho, estuve en Kenia hace un año atrás y descubrí que hay sanciones penales, aun cuando actualmente nadie ha sido procesado, y que no ha habido casos en



el ámbito administrativo en contra de los cárteles allí. Tenemos otros países también, dependiendo de cómo definamos sanciones penales. El punto de usar el mapa es para mostrarles que es una tendencia globalizada. No se trata solamente del Reino Unido, Estados Unidos y Canadá.

La principal justificación para la criminalización de los cárteles es la disuasión. Estamos tratando de frenar la formación de cárteles a futuro. Lo que no hacemos es hacer una retrospectiva y ver qué fue lo que pasó y analizar por qué estuvo mal y sancionar el acto meramente porque estuvo mal. Vemos la actividad y la sancionamos, de manera que otras personas no hagan lo mismo a futuro. Es instrumental. Estamos viendo las consecuencias del castigo.

Podemos ver las afirmaciones en la literatura sobre qué tan efectiva puede ser la criminalización de los cárteles como medida para asegurar la disuasión. Puede llegar a ser bastante efectiva, de acuerdo con algunos individuos. Ciertamente, si vemos las afirmaciones que vienen de parte de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, uno puede ver una clara aceptación acerca de la criminalización como el medio de disuasión más significativo en este contexto. Teniendo esto en mente, quisiera guiarlos a través de los pasos involucrados en este argumento sobre la criminalización enfocada en la disuasión.

Está basado en la teoría de la disuasión económica. Por lo tanto, usamos la teoría para justificar el por qué debemos tener sanciones penales. El primer paso en esa teoría es el de asumir la racionalidad. Nosotros asumimos que los gestores de decisiones -los cárteles, las firmas, digamos – son racionales. Ellos toman decisiones basadas en cuánto dinero van a generar como ganancias. Si fuesen a obtener pérdidas del cártel, ellos no se involucrarían en una actividad de cártel. Está bien, ese tipo de racionalidad.

Podemos cuestionar si es que aquello es realista o no; pero el punto es que esa es la postura de inicio. Nosotros solamente vamos a asumir que, al inicio, solo las sanciones administrativas pueden ser impuestas sobre las empresas. Entonces, la interrogante es, ¿qué tipo de multas deben de ser impuestas para procurar la disuasión? Aquí el argumento dice que se debe establecer que la multa sea, por lo menos, igual a los beneficios proyectados de una actividad de cártel, pero descontada tomando en cuenta el hecho que no todos los cárteles son descubiertos ni exitosamente procesados.

Si fuese a participar de una actividad ilegal, pero yo fuese a ganar, digamos, solamente cien dólares por esa actividad, ¿cuál es la multa que se me debe imponer para evitar que lo haga? ¿Debería ser cien dólares? La respuesta sería no, porque no se sabe con certeza si me van a atrapar. Por lo tanto, necesito factorizar qué tan probable es que llegase a ser atrapado y sancionado. Por ello, si solo una de cinco personas es atrapada y sancionada, entonces mi multa se debe de elevar a quinientos dólares.

Eso es bastante directo; no hay nada controversial en ello. Donde el argumento sobre la criminalización se pone difícil, es cuando uno usa estadísticas de la literatura disponible para determinar cuál debería ser la multa para el cártel. Si revisamos las publicaciones, podemos encontrar, por ejemplo, argumentos sólidos (p.e. de Wils) que la multa debería ser, por lo menos, de ciento cincuenta por ciento de la facturación anual en el mercado cartelizado. Algunos dirían que debe de ser incluso más alta, porque no hay una tasa de interés que sea tomada en consideración en esta instancia. Recuerden que, cada año de la actividad del cártel, se obtienen ganancias ilegales que el cártel puede usar para invertir y generar aún



más ingresos. Por lo tanto, para disuadir, se tiene que incrementar la multa para contemplar la tasa de interés.

En esta etapa, uno puede decir "está bien, fija esa multa del ciento cincuenta por ciento de la facturación anual en el mercado cartelizado". El problema es que es muy difícil hacerlo. Lo primero, es que usualmente se tiene una barrera legal. Por supuesto, podemos deshacernos de la barrera legal, si fuese necesario, pero usualmente, dicha barrera existe por una buena razón: para asegurar la proporcionalidad entre la sanción y el perjuicio.

A nivel de la Unión Europea, tenemos un límite del diez por ciento de la facturación global de la empresa en el año previo al que el cártel fue descubierto. Es probable que esto pueda prevenir que se imponga una multa óptima. Sobre todo, si se impone una multa del ciento cincuenta por ciento de la facturación anual, sería muy probable que se vaya a poner a la empresa en liquidación. Necesitamos evitar ese resultado, debido a los costos sociales que implica.

Entonces, ¿qué vamos a hacer? Podríamos no hacer nada, esperar que la teoría no sea muy firme y esperar a que aún se pueda disuadir. Podemos esperar a que las cifras no sean correctas o tal vez que las compañías no sean tan racionales como asumimos. O podemos intentar hacer algo. Aquí es donde entra en juego la criminalización. ¿Qué podemos intentar hacer? Podríamos enfocarnos en los individuos quienes toman las decisiones en la compañía. La compañía es una entidad legal, pero está conformada por individuos que toman decisiones por la compañía.

Entonces, observemos el análisis costo-beneficio. Aquí el argumento dice que, si se enfrenta el encarcelamiento como un potencial desenlace de la actividad del cártel, no van a participar de la actividad del cártel, debido al temor a la prisión. Y los muchos incentivos de la compañía con respecto a la actividad del cártel no van a parecer atractivos. Si la compañía gana dinero de la actividad del cártel, puede que sea incentivada en participar de la actividad del cártel, y va a incentivar a sus individuos a participar en la actividad del cártel.

Pero ¿por qué, con este paso, tenemos el encarcelamiento en lugar de solamente una multa? La razón es porque la multa puede ser pagada por la compañía. En contraste, las sanciones penales -penas privativas de libertad- no son indemnizables, no pueden ser pagadas por la compañía. Entonces, la criminalización evita el vacío en el medio de disuasión.

Ahora, nos fijamos en los problemas. Voy a centrarme en dos problemas. El primero, es la dificultad de lidiar con la actividad de cártel "legítima". No estoy diciendo que la actividad de cártel legítima se lleve a cabo muy seguido. Tampoco digo que sea un problema grave. Lo que quiero decir es que tenemos que reconocer que algunas veces puede haber cierta actividad que se vea reflejada por el uso de la palabra "cártel", que en realidad no quisiéramos prohibir porque resulta en beneficio para la sociedad. Entonces, ¿cómo podemos lidiar con esto?

Y el segundo problema es la dificultad para vincular la actividad criminalizada de cárteles con el actuar de manera ilícita, la inmoralidad. Creo que es importante hacerlo. No todo el mundo lo cree, y algunos solo argumentan en favor de la disuasión, diciendo "olvidense de la moralidad". Considero que es una manera errónea de verlo. Se está enviando a personas a prisión, y estarían yendo a prisión, probablemente, por tres a cuatro años. Pienso que les incumbe a ustedes el demostrar, no solamente que han infringido la ley, sino que aquella violación se merece ese tipo de castigo. No se olviden que la retribución es parte de cualquier régimen legal que involucra sanciones penales.



Voy a tratar primero la actividad de cartel legítima. Ahora, desafortunadamente, existe algo como la actividad de cartel "legítima". En otras palabras, puede que haya muy raros ejemplos de acuerdos que son técnicamente "cárteles", pero que muestran beneficios netos para los consumidores. Nosotros no queremos criminalizar ese tipo de actos porque, si lo hacemos, vamos a "enfriar" los actos eficientes. Entonces, ¿qué podemos hacer con respecto a este hecho?

Lo que podríamos hacer es tomar como referencia el régimen civil y ver cómo dicho régimen lidia con este asunto. Por ejemplo, nos puede brindar los criterios, usualmente los criterios económicos que, de ser cumplidos, guían hacia a una excepción o una exención de la ilegalidad. Eso existe, por ejemplo, en el Artículo 101(3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. En la Unión Europea uno puede tener el derecho por ley de argumentar que tu cartel cumple con los criterios en el Artículo 101(3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea y, si el argumento es aceptado, no existiría una infracción a la ley.

Por supuesto, puede que sea difícil en la práctica el argumentar para una excepción o exención de la actividad de cartel, pero a nivel de la Unión Europea, la posibilidad legal existe. La OCDE ha reconocido este hecho y ha declarado lo siguiente en su Recomendación de 1998: "la categoría de cartel intrínsecamente nocivo no incluye acuerdos, prácticas concertadas o arreglos que (i) son razonablemente relacionados con la realización legítima de eficiencias reductoras de costos o las mejoras de producción (ii) están excluidas directa o indirectamente de la cobertura de las leyes propias de un país afiliado, o (iii) son autorizados de acuerdo con dichas leyes (...)"

En otras palabras, ha sido reconocido por la OCDE en su recomendación sobre hacer frente a los cárteles intrínsecamente nocivos, que tenemos que ser cautelosos. Cárteles pueden existir en todas las tres áreas. Y claramente, con la criminalización no queremos contemplar aquellas circunstancias particulares. Pero el Derecho Civil puede o no aplicar para ellas. El punto es, que dichas áreas no deben de ser contempladas dentro del Derecho Penal.

El punto es que, si estamos usando aquella definición de "cartel" que vimos al principio de esta conversación basada en un tipo de delito penal, sería muy amplia. Y no nos permitiría forjar esos cárteles legítimos -aun así, cuando son raros.

Está bien, entonces, ¿cuál es el desafío aquí? ¿Cómo capturamos la actividad ilegítima de los cárteles -cárteles intrínsecamente nocivos que son siempre perjudiciales para la sociedad- y no criminalizamos la verídica actividad legítima de los cárteles? Lo que podemos hacer aquí, en términos de tener una defensa de corte eficiente es que podríamos simplemente permitir que haya una defensa de acuerdo con los lineamientos del Artículo 101(3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

Tenemos aquí una lista de criterios, generalmente de naturaleza económica que, si son cumplidos, aseguran una excepción de la ilegalidad. Ahora podemos hacer eso; algunos países lo hacen. Pero mi perspectiva es que no es la mejor manera de proceder, porque esto involucra una evaluación económica. Si tenemos al decisor, que es un juez común, un juez penal, quien en realidad no conoce tanto acerca de las leyes de competencia; o si tenemos un jurado que tiene que tomar una decisión acerca de si un delito penal se ha cometido y tienen que considerar evidencia económica presentada por economistas altamente inteligentes, ellos van a escuchar algunos argumentos (alegatos) sofisticados los cuales van a ser difíciles de seguir. Va a ser difícil de asegurar las sentencias porque el decisor puede



que sea abrumado por la evidencia. Es por ello que resulta problemático. La competencia institucional de las cortes penales puede ser cuestionada en esa instancia. Y, por supuesto, las autoridades tienen la competencia institucional y algunas cortes especializadas en leyes de competencia también. Pero ¿será el caso de las cortes penales en general? Probablemente, no.

Asimismo, podemos hablar acerca de la inconsistencia que puede darse como resultado de ese problema en particular si se tienen regímenes paralelos, como el que existe en el Reino Unido. Entonces, tienes un régimen penal, pero a la misma vez tienes un régimen administrativo que se enfoca en las compañías. El régimen penal siempre se concentra en los individuos en el Reino Unido. Por lo tanto, tienes este margen potencial para el grado de inconsistencia, una autoridad fijándose en el argumento acerca de la eficiencia de los cárteles, puede que deje a los cartelistas al otro lado de la puerta. Pero en el marco penal, eso puede no ser tan fácil y, por lo tanto, se tiene este margen potencial para la confusión. Es cierto que algunos países tienen una defensa eficiente, pero aquellos países no han tenido muchos casos penales.

Entonces, ¿qué podemos hacer? Hay ciertas cosas que podemos hacer. Podemos tener directrices fiscalizadoras, como en los Estados Unidos. Considero que hay dificultades con eso, y en Europa en particular, pero es probable que en otros regímenes también, la seguridad jurídica puede llegar a ser un problema. O podríamos, por ejemplo, intentar crear Lista Blanca de acuerdos, como la que existe en Australia. O podemos sustraer ciertos acuerdos del tipo delictivo si son publicados o son hechos públicos de alguna manera. Pienso que la última opción es la mejor. Voy a tratar acerca de esto cuando vayamos a ver lo relacionado al Reino Unido más adelante.

El enfoque de la Lista Blanca implica el definir a ciertos acuerdos como no-criminales. Los joint venture, por ejemplo, puede que sea lo obvio, en este caso. Pero si se debe definir, sería por tipos, no basados en el impacto económico. Hay ciertas ventajas en el caso de dicho enfoque: se delimitan los tipos delictivos y se otorga cierta seguridad de que, si un acuerdo cabe dentro de la definición de los acuerdos válidos de la Lista Blanca, entonces no sería considerado como un acuerdo criminal. Pero también existen algunas desventajas.

Por ejemplo, ¿cómo tenemos que interpretar este tipo de disposiciones? ¿Qué pasaría si existen dificultades para poder saber si es que un acuerdo cabe dentro la Lista Blanca? Nuevamente, es probable que volvamos a referirnos a los argumentos económicos, aun así, cuando estamos definiendo a los acuerdos por tipo en la Lista Blanca. ¿Cómo sabemos si es que un acuerdo dado está clasificado dentro de un tipo en la lista? Si es por los efectos económicos, entonces vamos a traer a colación la evidencia económica para la toma de decisiones. En mi opinión, eso se debe de evitar.

Entonces, ¿qué es lo que deben de hacer? Deben de generar un conjunto de circunstancias dentro de las cuales un delito penal no sea cometido; específicamente, si el acuerdo es notificado a los clientes previo a la venta o si, de hecho, es publicado de una manera en particular previa a la implementación, entonces no debe de conducir a sanciones penales. No estoy diciendo que los cárteles publiquen todo el acuerdo tal cual. Solamente necesitan dar ciertos detalles: el nombre de las partes involucradas, el mercado de productos en cuestión, y la razón por la cual ellos consideran de que se trata de un cártel que debe de ser notificado.



Si se va a respaldar en la defensa por publicación, los detalles necesitan de ser publicados en un formato en particular, en un periódico en particular. En el Reino Unido, dichos periódicos son The Belfast Gazette, The Edinburgh Gazette y The London Gazette. Estos son periódicos jurídicos que contienen, por ejemplo, notificaciones de bancarrota. Es cierto que este enfoque requiere que los cartelistas hagan algo y que sea un poco costoso. Pero, lo que hacemos aquí es otorgarles la posibilidad de asegurarse de que su cártel legítimo no tenga sanciones penales. Considero que es una buena manera de hacerlo, porque es fácil de hacerlo: pones una notificación en un periódico. Y no es que sea necesario que demasiada información sea divulgada. Un poco de información relevante es suficiente, y esto va a operacionalizar la defensa de eficacia sin la necesidad de la evidencia económica.

Si ellos creen genuinamente que los criterios son cumplidos para que el cártel sea considerado como legítimo bajo la ley, entonces pueden publicarlo. Una vez que eso suceda, no va a devenir ninguna sanción penal. Puede que no sean correctos, y puede que ello conduzca a sanciones administrativas. Eso es cierto. Pero este enfoque es solamente adoptado para permitir que aquellos raros cárteles con eficiencias netas eviten la criminalización. No se espera que cartelistas "intrínsecamente nocivos" vayan a publicar sus acuerdos, en particular porque ellos estarían sujetos a sanciones administrativas, si es que lo hacen.

El segundo problema es con respecto al asunto de la moralidad. Mi punto es que, al ignorar el concepto de moralidad, se van a generar problemas potenciales. O, sí es que no se acepta, si es que vinculamos el cártel criminalizado con alguna forma de falta moral, podemos llegar a beneficiarnos de su cumplimiento o aplicación. Particularmente, podría darse una auto-aplicación o auto-cumplimiento, porque los empresarios pueden internalizar la normativa y luego auto-aplicarse la ley porque están de acuerdo con ella.

No hay que olvidar que el derecho penal tiene ciertos propósitos, uno de los cuales es comunicar a la persona sentenciada que lo que ha hecho está mal. La condena penal implica que alguien sea etiquetado como delincuente. Si es que se le pone la etiqueta de criminales a los cartelistas, cuando en realidad lo que han hecho no es nada que sea gravemente malo, entonces eso sería injusto. Eso puede causar que los empresarios, particularmente, se pregunten qué tan legítima es la ley. Las personas se adhieren a la ley si consideran que es legítima. Y si tenemos a los empresarios considerando que la aplicación y el cumplimiento de las leyes de cártel es ilegítimo porque ha ido demasiado lejos, entonces se tendría menos respeto hacia el régimen y, tal vez, para la autoridad que lo hace cumplir.

Hay límites para este argumento y tenemos que entender que podemos tener una función educativa en juego. Podemos aprender del Derecho Penal acerca de nuestros propios conceptos de la moralidad. No podemos ir al extremo con ello, de lo contrario el propósito principal del Derecho Penal sería perjudicado en términos de retribución.

He escrito un artículo sobre qué tan bien se alinea la actividad de cártel con el actuar de manera ilícita. He examinado los términos de engaño, robo y mentira para ver si es que la actividad de cártel se clasifica dentro de alguno de esos conceptos. Voy a revisar el concepto de robo en estos momentos.

Entonces, ¿Qué significa robar? Robar es cuando alguien intencional y fundamentalmente viola tus derechos como propietario o titular sobre algo que es posible que sea comprado o vendido. Ese es el significado de robar. Tomas algo que le pertenece a alguien más y no se lo devuelves. El problema con el robo y los cárteles es que se tiene que determinar quién



tiene el derecho de propiedad sobre el sobrecargo del cártel. Ese es el asunto principal. ¿Los consumidores tienen el derecho a un precio competitivo?

Vamos a considerar cada uno de los elementos. Algo que es posible de ser comprado o vendido: el sobrecargo. Dinero que uno puede comprar directamente, o visto de una manera diferente, con cierto nivel de dinero, uno puede comprar cierta cantidad de bienes. Y si hay un cártel, uno puede comprar menos bienes. Dichos bienes pueden ser comprados o vendidos. Ese elemento, entonces, no representa un problema. ¿Qué pasa con una violación intencional y fundamental? El cartelista toma dinero y huye. ¡No lo devuelve!

Entonces, la pregunta es, ¿los consumidores tienen el derecho de propiedad sobre el dinero extra que está siendo cobrado? Bueno, podríamos decir que "tal vez", porque ahora todos valoramos el libre mercado y eso como resultado tenemos que valorar al consumidor y tenemos que valorar el precio competitivo. Pienso que es algo un poco difícil de probar. Sin embargo, podríamos decir que: tenemos el Derecho de la Competencia; tenemos el cumplimiento y aplicación civil y administrativa de las leyes de competencia por años. Lo que hemos hecho es darles a los consumidores el derecho sobre el sobrecargo, porque hemos adoptado un estándar de beneficio para el consumidor bajo las leyes de competencia. Si se ha logrado eso, entonces considero que están en una posición más firme de decir que los consumidores tiene el derecho sobre el sobrecargo, el derecho a un precio más bajo, el precio competitivo.

No obstante, aún existe un problema. Las leyes de cártel no siempre castigan solo a aquellos cárteles efectuados o que han sido implementados. Usualmente cubre el mero hecho de hacer un acuerdo. Pero ¿acaso eso es robar? Si el acuerdo es hecho, pero en realidad no ha sido cumplido o implementado, no existe una violación de ningún derecho de propiedad alguno porque los cartelistas no han tomado ningún dinero.

Por ello, se debe de tener cuidado cuando se quiere alinear la actividad criminalizada de los cárteles con el acto de robar. Se necesitaría asegurarse de que el cártel criminalizado sea implementado, por ejemplo, y no solamente sea creado.

Gracias.



PANELISTA

Mario Zúñiga

Muy buenos días con todos. Muy buenos días, Peter. Es un gusto estar hablando contigo. Tuve el placer de conocer al profesor Whelan en Chile, en un seminario hace 2 días. Voy a tratar de ser un buen panelista y voy a hacer un comentario solo muy breve y más bien tratar de extraer del Dr. Whelan más de sus valiosas ideas y de su experiencia.

Estoy, básicamente, de acuerdo en poner sanciones criminales en los casos de cárteles. Creo que es necesario porque funciona contra este efecto de "Indemnification" del que hablaba el Dr. Whelan, en virtud del cual la empresa asume las multas en beneficio de las personas naturales involucradas. Así, el directivo de una empresa que participa en un cártel no asume el costo de sus acciones. Así, si los beneficios del cártel son demasiado grandes -y calcular la real extensión de estos beneficios es muy difícil- puede que la empresa asuma el costo de las multas de sus gerentes o empleados involucrados en el cártel y aun así esté lucrando. En ese contexto, las sanciones criminales complementan a las sanciones pecuniarias. La empresa nunca va a poder reemplazar al gerente o empleado, que necesariamente debe sufrir el costo de la sanción penal. Por otro lado, las sanciones penales son importantes porque dan un mensaje político. La sanción penal genera un estigma social, tiene un costo reputacional más grande, y contemplarlas dice mucho de la importancia que la sociedad y el sistema legal dan a un tipo de conductas.

Sobre el particular, es relevante mencionar una anécdota. A inicios de este año me sorprendí al leer uno de los principales diarios de negocios del Perú y encontrar los típicos rankings de las mejores empresas para trabajar, las empresas más responsables socialmente. Y una gerente estaba ahí en el top ten, mencionada entre los directivos con mayor reputación. Pero esta persona había sido sancionada sólo un año antes por haber participado en un cártel. Entonces, ¿qué pasó? No se queda ese impacto de alguien que ha incurrido en esta conducta tan negativa socialmente. Creo que las sanciones criminales ayudarían a generar ese estigma y ese mensaje.

Sin más, quisiera hacerle algunas preguntas al Dr. Whelan. Él no nos ha contado todo, pero es una especie de "rockstar" de la criminalización del Derecho de la Libre Competencia. Ha estado en Europa, Europa del Este, Medio Oriente, África. Entonces, quería preguntarle si en este marco de análisis, una de las dificultades para aplicar sanciones criminales es el tema de los jueces y su conocimiento del Derecho de la Libre Competencia. En particular, en su experiencia visitando países en desarrollo, ¿qué retos encuentra que podríamos tener en Perú? En Perú, le comento, cuando había criminalización, algunos abogados - y es un argumento razonable, lo entiendo- decían que los jueces no entienden el Derecho de la Libre Competencia y hay un peligro ahí. En todo caso, yo quisiera preguntar qué medidas se pueden tomar para minimizar estos riesgos y que se pueda criminalizar los cárteles sin incurrir en un riesgo mayor de abusos o violación de derechos fundamentales.

Peter Whelan

Muchas gracias por tus comentarios. Quiero referirme a algunos de los puntos que has mencionado, luego voy a intentar responder las preguntas que has formulado. Te enfocaste en el aspecto indemnizatorio de la multa. Pienso que es muy importante. Y es



uno de los principales puntos fundamentales en el argumento basado en la disuasión. Porque si tenemos a una compañía que puede realmente pagar las multas, y de alguna forma, compensar al individuo por la adversidad implicada en el castigo personal, eso perjudica todo el enfoque.

Puede no ser el caso, no solamente para las multas (donde ellos pagan por el individuo o de alguna manera le dan la habilidad de correr el riesgo de ser indemnizados luego a través de bonos salariales) sino que también por cosas como órdenes de inhabilitación para asumir cargos directivos. Y considero que las órdenes de inhabilitación para asumir cargos directivos pueden ser útiles; dichas órdenes pueden asegurar la disuasión. Probablemente, estas órdenes deberían ser consideradas como un complemento para la aplicación y cumplimiento en este contexto.

Pero ellos también padecen de problemas graves: la compañía podría indemnizar en contra de dicha sanción, o podría no ser realmente muy disuasivo si es que los individuos están por retirarse. O si estamos hablando de un negocio bastante pequeño, un negocio familiar. En ese contexto, la persona quien dirige el negocio puede estar sujeta a una orden de inhabilitación para cargos directivos, pero aun así tener la capacidad de tener influencia sobre el negocio a través de su hijo o hija cuando ellos asuman el control.

Solamente en términos de una multa, la idea es que uno impone una multa sobre la compañía y la gerencia de ella, de alguna manera, es sancionada por los accionistas. Pero los accionistas puede que tengan control limitado sobre la gerencia. La gerencia puede que controle la compañía.

También mencionaste que, a algunas personas, aquí en Perú, les ha ido bien incluso luego de que sus compañías han sido sancionadas por su conducta ilícita. Eso es algo de lo que necesitamos pensar. Eso también ha ocurrido en el Reino Unido. Tenemos una anecdótica evidencia de individuos que han conseguido ascensos pese a que han formado parte de un cártel vía sus respectivas compañías.

Eso trae consigo la pregunta acerca si realmente la compañía se preocupa por este tipo de sanciones. La idea, supongo, podría ser que la compañía está haciendo grandes cantidades de dinero proveniente de las actividades ilícitas que en realidad no se preocupa por el hecho si es que la actividad de cártel es sancionada ocasionalmente.

Como mencioné anteriormente, no he venido aquí frente a ustedes para argumentar en favor de las sanciones penales. Estoy aquí para escuchar, como también para aprender de ustedes y de esta audiencia. Y considero que, en primer lugar, lo que es muy importante, antes de llegar a algún punto cercano a la criminalización, es la cultura de competencia.

Esto es algo muy importante. Se necesita demostrar que se tiene credibilidad, un régimen administrativo efectivo, y demostrar el valor de la competencia y de las leyes de competencia, particularmente a los consumidores. Eso necesita ser aceptado. Es muy importante, antes de llegar a tener algún tipo de criminalización. Porque he visto en algunos países donde se tienen sanciones penales en sus libros, en sus estatutos, que no son aplicadas; en mi opinión, eso puede perjudicar todo el proceso.

Con respecto a los Estados Unidos, dicha situación puede ser perfectamente aceptable, porque les ayuda a conseguir acuerdos de extradición para cárteles internacionales. Para los países en sí, pienso que perjudica el proceso. Le hace falta legitimidad, por lo tanto, yo



tendría mucha cautela al adoptar sanciones criminales para los cárteles; no se debería de hacer a menos que se tenga una cultura de la competencia muy sólida, se tenga el apoyo político para los recursos y se tenga entendido que esto es una inversión a largo plazo y que es difícil hacerlo correctamente. Demanda mucho criterio y reflexión y se requiere que se tomen decisiones inteligentes en materia de legislación y políticas.

Pienso que aquellas normas también son importantes. Se tiene que poner en el lugar de una autoridad, si uno fuese a abogar por las sanciones penales, ¿cómo podrías comunicar dicha posición a los decisores, grupos de interés y ciudadanos de este país? ¿Por qué los cárteles son tan perjudiciales para la economía? ¿Por qué son tan malos que uno tendría que verse forzado a optar por ese camino?

No estoy diciendo que se tenga que tener seminarios como este, con argumentos acerca de la teoría de la disuasión económica o sobre el monto de una multa ideal y acerca de la dificultad sobre imponerla. Eso lo podemos hacer, tal vez se complique un poco. Pero se necesita usar un lenguaje claro, videos de corta duración, tal vez charlas con empresarios -sino se hace con escolares- para crear o que sea más probable de reforzar dichas normas en contra de los cárteles. Uno necesita explicar que no se está hablando acerca de crear una nueva norma, sino que el objetivo es de explicar por qué la actividad de cartel se clasifica dentro de lo que las personas coinciden que son los actos ilícitos.

Todos coincidimos en que robar está mal. Todos coincidimos en que el ser engañado es algo malo en la mayoría de las circunstancias, en donde el engaño tiene un serio impacto. Se puede demostrar, a un cierto nivel, cómo la actividad de cartel puede ser clasificada dentro de ese tipo de actos, robar, mentir, etc. Y es necesario que sea comunicado. Si no hay personas en las calles, con una idea general acerca de los cárteles o por qué deberían de ser prohibidos, entonces no va a conseguirse con éxito el apoyo o respaldo político para el régimen antimonopolio criminalizado. Y ciertamente, no se va a conseguir con éxito el respaldo popular para dicho régimen.

Y en algunos países, el respaldo o apoyo popular es muy importante. En el Reino Unido es muy importante, porque tenemos un sistema de jurados. Cuando no se tiene un sistema de jurados y se depende de los jueces para determinar la criminalidad, entonces se tiene menos problemas para conseguir que todas las personas en sociedad tengan una cierta opinión acerca de los cárteles.

Asimismo, el juez puede dudar acerca de si debe enviar a alguien a prisión. Debido a ello, también es importante explicarles a los jueces que deben de participar del proceso por una buena razón: que en realidad están aplicando y haciendo cumplir las normas morales con las que todos estamos de acuerdo, como también se están asegurando de que la conducta ilícita no se reproduzca en la sociedad.

Considero que primero es necesario tener un régimen de cárteles confiable. Y para lograr que sea confiable, es necesario tener sanciones. También, sería necesario, pienso yo, tener una política de clemencia vigente. Y sería necesario tener una amenaza confiable para la detección y fiscalización de los cárteles, fuera del programa de clemencia, para que dicho programa pueda funcionar.

He visto en algunos países que las políticas de clemencia no funcionan, porque nadie está preparado para poner en riesgo el daño reputacional que implicaría quejarse, hablar a espaldas de otros y luego acogerse al programa de clemencia. Por lo tanto, no es efectivo.



Ellos necesitan asegurar de que sí hay detección de los cárteles fuera del programa de clemencia para incentivar a los individuos a que se olviden de este asunto. En pequeños países, esto puede ser un problema particularmente desafiante.

Creo que también es necesario establecer la inmunidad criminal o penal, para asegurarnos de que esto funcione. Si uno, como jurisdicción, no puede ofrecer inmunidad criminal automática garantizada para el primer individuo que reporte el cártel y brinda evidencia suficiente como para probar la existencia del cártel, entonces no va a funcionar. Y no va a funcionar, porque va a tener un impacto perjudicial sobre la habilidad de usar el programa administrativo de clemencia o, en efecto, de tener a cualquier individuo que confiese y revele la evidencia, si eso puede significar todos los perjuicios sociales para el individuo, quien ha reportado dicha actividad, en ese contexto. Lo que estoy diciendo es que, para proteger y administrar su programa de clemencia, es necesario establecer la inmunidad en un escenario criminal o penal.

También sería necesario asegurarse de que haya un vínculo entre la política administrativa de clemencia y la inmunidad criminal o penal. En otras palabras, si una compañía solicita y obtiene la clemencia completa, entonces, sus empleados deben de ser recibir la inmunidad penal o criminal. De lo contrario, la compañía dudaría si quiera en confesar en primer lugar.

La compañía se preocupa por sus colaboradores y sus empleados. Se necesita evidencia de parte de los individuos para tener procesamientos exitosos. Para poder encargarse de ese asunto, es necesario tener un programa de inmunidad penal o criminal.

Y una cosa que también podría mencionar sería con respecto a las garantías de los Derechos Humanos. He revisado este tema en mi libro de criminalización de los cárteles, con un enfoque sobre Europa. La idea es, al menos teóricamente, que, al pasar de tener sanciones administrativas para las empresas a tener sanciones penales para los individuos, las garantías de los Derechos Humanos se fortalecen. El nivel de alcance al que se llegue de acuerdo con la práctica va a depender del propio régimen nacional, pero podría ser el caso en el que el estándar de la prueba que se requiere sea más alto. Puede ser el caso, por ejemplo, que el balance de las probabilidades se encuentre más allá de la duda razonable. Puede ser que el derecho en contra de la autoincriminación tome mayor solidez.

En Europa, como individuo, uno puede negarse a responder preguntas de naturaleza incriminatoria. Pero, si está participando en un proceso administrativo como empresa, uno estaría a disposición de responder ciertas preguntas, algunas preguntas objetivas, y se tendría que hacer, de lo contrario la compañía podría ser sancionada. Y todo está bien con las garantías tal como existen en Europa. El punto es que, con la criminalización las garantías se fortalecen. Hay otros ejemplos también, como el de la combinación de las facultades o poderes decisorios, investigativos y fiscalizadores. Hay que hacer cargo de eso, también.

Por ello, existen garantías que se fortalecen. Podemos superar aquel problema potencial si es que tenemos más facultades, poderes investigativos; intervenciones telefónicas, por ejemplo. Lo que es interesante es que la legalidad para usar dichas técnicas y poderes, obviamente, depende de lo que dicen las propias leyes nacionales, y puede que sea necesario pensar acerca de lo que debe de estar vigente para permitir ese tipo de técnicas y poderes para ser utilizados de manera legal.

Voy a darles un ejemplo. En el Reino Unido, la máxima sentencia a la que se enfrenta un criminal convicto por actividad de cártel es de cinco años. Ese tiene que ser el caso para que



se les permita a las autoridades del Reino Unido tener ciertos poderes para investigar un cártel criminal. Al tener cinco años como máximo, el delito por actividad criminal de cártel se convirtió en lo que se conoce como un delito que implica el arresto, lo que significó que esto viniera junto con ciertos poderes o facultades investigativas penales o criminales. Las autoridades pueden por lo tanto aplicar el uso de intervenciones telefónicas y tener agentes encubiertos en los cárteles.

Lo que queremos hacer es evitar es ciertamente tomar recursos del marco administrativo vigente, inyectarlo dentro de un marco penal, no llegar a tener ningún procesamiento y, en efecto, sustituir casos de éxito dentro del marco administrativo por fracasos dentro el marco penal. Claramente, eso es algo que se debe de evitar si es que se preocupan por la disuasión.

Mario Zúñiga

Tengo una pregunta adicional. Mencionó, profesor Whelan, la relación o el impacto que podría tener la criminalización en la política de clemencia. De hecho, nosotros tuvimos programas de clemencia desde nuestra primera Ley de Competencia en 1991, pero por 20 años, prácticamente, el mecanismo no fue utilizado. No tuvimos ningún caso de clemencia tipo A. No obstante, en los últimos años, le hemos dado un empuje. En primer lugar, la Ley ha mejorado, precisando mejor el funcionamiento del mecanismo. El año pasado, además, la Comisión publicó una guía de programas de clemencia que creo que va a dar más predictibilidad a los agentes económicos.

Si le entendí correctamente, este efecto negativo que la criminalización podría tener, puede minimizarse con una adecuada concatenación entre la clemencia administrativa y la clemencia penal. De repente, podría profundizar un poquito en esa idea. Pero también, quería preguntarle qué aspecto positivo podría tener la criminalización para los programas de clemencia, en el sentido, al menos teóricamente, de que incrementando el valor de amenaza de la detección de un cártel, podría proveerse más incentivos para que los agentes económicos se acerquen a la autoridad de competencia y denuncien un cártel.

Peter Whelan

Esa es una pregunta muy interesante. Pienso que se tiene que entender que hay un potencial impacto negativo en la clemencia administrativa a través de las sanciones penales, pero también hay un potencial impacto positivo en los programas administrativos de clemencia con sanciones penales. Eso es lo primero que se debe de entender, que puede ir en ambas direcciones.

Solo para retomar acerca de lo que dijiste sobre hace 20 años atrás, tal vez más, acerca de que su política de clemencia no funcionaba. No hay nada excepcional en eso. Si nos fijamos en los Estados Unidos, por ejemplo, tomó un cierto tiempo para que tengan efecto sus programas de clemencia que cubren a los individuos. Una de las principales razones por la cual no funcionaron por años, desde los años setenta, ochentas y hasta mediados de los noventa, fue porque no estaba establecida ninguna garantía de inmunidad. Luego, la situación cambió y la política empezó a dar resultados.



En los Estados Unidos también hubo un incremento en la pena máxima y el acto ilícito pasó de ser una falta a ser un delito grave.

Se tuvo también el uso de las directrices de sentencia, que fue obligatorio hasta que se declaró que era inconstitucional. Aquellas directrices de sentencia, inicialmente, ayudaron a que los jueces puedan sobrepasar alguna duda potencial que pudiesen haber tenido acerca de la imposición de las sanciones penales para los cárteles. Por lo tanto, esos elementos de manera conjunta resultan ser más efectivos, pero puede también tardar un poco hasta ver un efecto positivo.

En Europa sucedió lo mismo. Se tuvieron que introducir nuevos elementos para darle mayor claridad. Hubo también una preocupación acerca de la potencial aplicación privada. Entonces, uno iba a solicitar clemencia como corporación, se cooperaba y digamos que no recibía ninguna multa. Pero resulta que el expediente, por alguna razón, se vuelve accesible y es usado en contra de uno en una sanción civil. Si, por ejemplo, uno solicita la clemencia en el Reino Unido, y la obtiene, pero luego la información que fue brindada en la declaración de clemencia es, de alguna manera, divulgable para las autoridades de los Estados Unidos para las acciones privadas por daños, eso puede resultar en indemnizaciones por el tripe de los daños.

Hay todo un asunto en cuanto a cómo se protege la declaración de clemencia. Una forma de protegerla, por su puesto, es el dar una declaración oral, permitir que realmente la declaración de clemencia sea brindada de forma oral, sin darle la posibilidad a nadie de algún tipo de acceso. Solo estaría permitido el acceso para las partes interesadas dentro de las instalaciones de la autoridad, donde ellos puedan escuchar la declaración en una grabación. Hay maneras de evitar dejar un rastro en papel. Eso, obviamente, dependerá de las propias disposiciones de sus leyes y de lo que uno pueda hacer, legalmente, en ese contexto para proteger la declaración de clemencia. Se debe de ser muy cuidadoso con ello.

Un impacto positivo podría suscitarse si se tiene vigente la inmunidad penal de la mano con la clemencia administrativa. Entonces, se estarían creando competencias adicionales para el regulador. Asumamos que uno participa de una actividad de cártel y que podría pasar tiempo en prisión. ¿Qué pasaría si ponemos en marcha el programa de inmunidad? Uno podría preocuparse porque otros individuos acudan a la autoridad y soliciten la inmunidad, y como resultado ir a prisión. Por lo tanto, uno podría acudir a su compañía y decir: "hay que solicitar todos juntos y así vamos a tener la inmunidad bajo el programa administrativo, y también vamos a obtener la inmunidad penal, pero para ello tenemos que dar pruebas del cártel a las autoridades".

En otras palabras, cuando un individuo se enfrenta a la toma de una decisión y el impacto es solo para la compañía, entonces podría decidir guardar silencio y no exponer a la compañía, no deteriorar las relaciones con los proveedores, y no deteriorar las relaciones con los competidores. Pero cuando los individuos se enfrentan a un potencial período de encarcelamiento, ellos podrían realmente pensarlo dos veces acerca de si deben guardar silencio. Ese impacto positivo no tendría efecto sin la inmunidad penal.

Esto es interesante, porque uno puede ver que el potencial efecto negativo existe en ciertos países. Un ejemplo es Alemania. Alemania tiene un tipo de delito penal para las licitaciones colusorias, pero no tienen inmunidad penal para ello. Entonces, ¿acaso han considerado algún tipo de aplicaciones de clemencia para ese tipo de actividades? No. Han revisado aplicaciones de clemencia para otro tipo de actividades de cártel, pero



no para ese tipo de actividad. Esto es anecdótico, por supuesto, pero es un punto que tenemos que tomar en consideración.

Se puede decir lo mismo también sobre Escocia. Nosotros tenemos diferentes jurisdicciones en el Reino Unido: Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte. El tipo de delito penal para la actividad de cártel del Reino Unido aplica para todo el Reino Unido. Sin embargo, en Escocia el delito es procesado por una instancia distinta a diferencia del resto del país. En Escocia, es el Lord Advocate quien procesa la demanda; en el resto del país es la CMA, la Competition Market Authority (Autoridad de Competencia y Mercados) o la Serious Fraud Office (Oficina de Fraudes Graves).

La Autoridad de Competencia y Mercados ejerce el programa administrativo de clemencia, pero también concede la inmunidad penal en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Si la actividad se remite, por ejemplo, a Gales o Irlanda del Norte, la Autoridad de Competencia y Mercados puede conceder la inmunidad penal de la mano con la inmunidad administrativa para la compañía. Pero no lo puede hacer por Escocia. Lo que sí puede hacer, es decirle al Lord Advocate que tomen en seria consideración su opinión de que la inmunidad penal debe de ser concedida.

Ahora, eso no parece ser muy reconfortante para un individuo que esté considerando solicitar la inmunidad, desde mi punto de vista. Y uno podría preguntar ¿cuántas aplicaciones vemos, que involucren a Escocia, cuando se trata de la aplicación de clemencia en el Reino Unido? La respuesta es cero. Eso parece ser bastante revelador con respecto a la importancia de la inmunidad penal.





SESIÓN 2:

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DEL CÁRTEL CRIMINAL

Peter Whelan

Lo que he tratado hasta el momento es el concepto general de utilizar sanciones penales para la actividad de cártel. He examinado la principal justificación para la criminalización de los cárteles, y también he explicado acerca de los problemáticos asuntos, en teoría, que tendríamos que superar. Voy a hacer énfasis en la segunda parte acerca de las prácticas, en otras palabras, en las cosas que necesitaríamos hacer para que el régimen penal funcione.

Por supuesto, hay varias cosas que podemos revisar. He mencionado, previamente, la clemencia y la inmunidad. En adición, las garantías de los Derechos Humanos también necesitan ser considerados y podríamos hablar acerca de la cooperación internacional y sobre cómo asegurarla.

Lo que quiero resaltar aquí, es la experiencia del Reino Unido en particular. Voy a relacionarlo con los dos asuntos que mencioné anteriormente; la idea de la actividad de cártel legítima y cómo lidiar con ella; y también la moralidad, cómo nos podemos asegurar que haya un vínculo entre un acto indebido y un acto criminal como tal.

Voy a examinar de manera crítica la reforma reciente del UK Criminal Cartel Offense (Tipificación del delito de actividad criminal de cártel en el Reino Unido) para poder detallar algunas de las lecciones que podemos aprender dentro de este contexto. En particular, voy a considerar tanto la moralidad, como también, cómo plantear la tipificación del delito de manera correcta. Como mencioné anteriormente, no he venido aquí para abogar necesariamente a favor de la criminalización, ni he venido aquí para abogar a favor de la adopción del enfoque sobre la criminalización que tiene el Reino Unido.

El Reino Unido nos da ciertas lecciones de las cuales podemos aprender, pero este régimen no es perfecto. Voy a enseñarles algunas de las falencias de estos aspectos del Reino Unido. Se han cometido algunos errores en hacer el proyecto del delito, que podríamos considerar si fuésemos a proceder con la política de criminalización en el futuro.

Voy a hacer algunos comentarios a manera de introducción. Luego, voy a explicar la reciente reforma en el UK Criminal Cartel Offense (Tipificación del delito de actividad criminal de cártel en el Reino Unido). Posteriormente, voy a evaluar algunos de los méritos y deméritos de esta reforma y al hacerlo, voy a resaltar las lecciones que podemos aprender, antes de poder hacer los comentarios finales.

El primer punto que hay que entender es que, tradicionalmente, dentro de la aplicación y cumplimiento de las leyes de competencia del Reino Unido (incluyendo la aplicación de las leyes de cártel) no ha sido de naturaleza penal. No se trata de una de aquellas jurisdicciones, como los Estados Unidos, donde las sanciones penales han estado escritas en los libros por varios años, y donde las autoridades han tratado hacer, por un largo periodo de tiempo, que el régimen penal sea efectivo.

Este es un régimen que tradicionalmente no ha empleado sanciones penales para los cárteles, pero ahora las usa. Considero que por esta única razón, este es un caso de estudio muy útil para otras jurisdicciones que puedan encontrarse en una situación similar.

Podemos ver en el Acta de Competencia del Reino Unido de 1998 que las sanciones administrativas son impuestas sobre las "empresas" debido a violaciones de las leyes de competencia. Lo que resulta interesante en ello es que, en los principios de los años 2000,



tenemos un cambio de rumbo hacia la criminalización. Hubo aceptación en torno a la idea de que dicho cambio era bueno para la efectividad del régimen de carteles en el Reino Unido.

Les presenté un argumento a favor de la criminalización basado en la disuasión más temprano el día de hoy. Ese tipo de argumento fue, en efecto, una de las razones detrás de la introducción de ese tipo de sanciones en el Reino Unido. Si nos fijamos en la Cámara de los Comunes, por ejemplo, y los debates parlamentarios que se dieron a raíz del UK Criminal Cartel Offense (Tipificación del delito de actividad criminal de cartel en el Reino Unido), podemos ver que hay declaraciones que apoyan las sanciones penales para los cárteles, cuyas bases son la disuasión. También, hay reportes que fueron creados antes de que se introduzca el delito, y luego adoptados, que demuestran claramente que todo es por la disuasión.

De hecho, se tiene un claro entendimiento del lugar que tiene la disuasión en el debate, pero también se reconoce que la moralidad es importante en este contexto -aun cuando la razón para tener dicha sanción es la disuasión. Las autoridades apoyan el argumento de la criminalización basado en la disuasión, pero toman en cuenta el hecho que la moralidad es importante cuando se hace el proyecto de creación del tipo delictivo.

Podemos ver que el tipo delictivo, como fue creado originalmente, se encuentra dentro de la sección 188 de la Enterprise Act (2002), la cual estipulaba, originalmente, que era considerado un delito penal que un individuo de forma deshonesta llegue a un acuerdo con un tercero para hacer o implementar un acuerdo de cartel. El cartel tiene que ser un cartel horizontal, por ejemplo, un cartel entre competidores que se encuentren en el mismo nivel del mercado. Y también, se refiere a la actividad de los cárteles intrínsecamente nocivos (concertación de precios, repartición de mercado, restricción en la producción y licitaciones colusorias) para afinar el espectro de su aplicación.

En los inicios del régimen criminalizado, para que un procesamiento sea exitoso, los fiscales tenían que probar que realmente el cartel en cuestión era un acuerdo deshonesto. La idea de usar la deshonestidad en este caso es para poder vincular la conducta criminalizada con alguna forma de acto o conducta inmoral. La idea de ser deshonesto en este contexto es que se puede relacionar con algo moralmente objetable y que tenemos que demostrar eso como parte del delito. Estamos vinculando el delito con el acto o conducta moralmente indebida para el supuesto beneficio del cumplimiento o aplicación. Si un individuo es condenado, entonces ha participado de actos ilícitos o inadecuados.

Esto trae consigo ciertas dificultades, las cuales vamos a revisar en unos momentos. Pero quiero que entiendan que en el Derecho Inglés no hay una clara definición de la "deshonestidad". De hecho, se usa la palabra "deshonesto" para la definición de deshonestidad. La deshonestidad es comprobada si una actividad es deshonesto de acuerdo con los estándares ordinarios de las personas razonables y honestas, y el acusado sabe que es deshonesto de acuerdo con aquellos estándares.

Entonces, existe este requerimiento de demostrar que algo es deshonesto y por esto, se comprueba que las personas en la sociedad consideran de manera general que eso es deshonesto, cual sea su significado, y también que el acusado pueda tener conocimiento de lo que las personas de la sociedad piensan al respecto. Él o ella pueden pensar que no es deshonesto en lo absoluto, pero ese no es el punto. Se tiene que demostrar, meramente, que las personas en la sociedad consideran que es deshonesto y que al acusado lo sabía.



Luego, voy a volver al tema porque trae consigo preguntas interesantes relacionadas con las normas de la moral y el alcance por el cual se hace destacar lo ilícito o indebido en la actividad de cártel.

La máxima condena privativa de libertad era de cinco años. Hice alusión al por qué sobre ello antes, y la razón es para poder tener acceso a los poderes investigativos importantes para las autoridades; tenía que tenerse una condena privativa de libertad de al menos cinco años para poder conseguir dichos poderes.

Para poder lograr la disuasión, se necesita la aplicación y el cumplimiento suficiente. Se necesita tener casos reales. No sirve de mucho tipificar un delito para la actividad criminal de cártel si es que no se va a utilizar de manera exitosa. De lo contrario, los empresarios no lo van a tomar en serio y por ende, no se va a ver algún cambio en su conducta.

La pregunta entonces es ¿cuántos procesamiento son necesarios? En el reporte que fue creado para la Autoridad de Competencia del Reino Unido, para cuando se venía considerando si se debía criminalizar, quedó declarado que sería necesario cerca de seis procesamiento por año. Probablemente, pienso que son demasiados. Diría que, siendo realista, por lo menos un caso de alta relevancia por año sería suficiente.

¿Cuántos procesamiento tuvimos desde el año 2003 hasta el año 2011? He elegido el 2011 porque es cuando se dio inicio al proceso de reforma. Bueno, tenemos dos casos en total. Uno resultó ser exitoso, el otro fue un desastre. Me gustaría hablar acerca del caso que fue un desastre primero. En aquel caso, fracasaron en presentar toda la evidencia relevante contra los acusados. El fiscal debió haber presentado una cierta cantidad de correos electrónicos que habían sido adulterados, o al menos creyeron que habían sido adulterados. Pero resultó ser que ninguno fue presentado, y esto salió a la luz durante el inicio del juicio. Y en esa instancia, ya era demasiado tarde para presentar la evidencia, por lo que básicamente no presentaron evidencia alguna.

El otro caso, que fue exitoso, tuvo como desenlace que tres individuos vayan a prisión. Ese caso en particular fue el resultado de un acuerdo de cooperación con las autoridades estadounidenses. Tres individuos británicos fueron detenidos en los Estados Unidos, arrestados y acusados de violar la Sherman Act (Ley Sherman). En el acuerdo, ellos accedieron a cumplir cierta cantidad de años en prisión.

Pero lo interesante fue que permitieron que vayan al Reino Unido y se declaren culpables por el Delito de Actividad de Cártel en el Reino Unido, porque la actividad se veía contemplada bajo ese tipo delictivo. De esta manera, se podría exonerar el derecho de impugnar la extradición por cualquier tiempo de sentencia que no se haya cumplido en el Reino Unido y debió haber sido cumplido en los Estados Unidos. Por lo tanto, si el individuo contemplaba una condena de dos años y medio en los Estados Unidos, podría volver al Reino Unido y declararse culpable, y así buscar una pena de dos años y medio. Si el individuo en cuestión cumple el tiempo de dos años, entonces tiene que volver a los Estados Unidos a cumplir con seis meses de prisión.

Lo que se tiene entonces, son bajos niveles de aplicación. Y la Oficina de Comercio Justo (Office of Fair Trading) dijo que una de las principales razones para el bajo nivel de aplicación era la deshonestidad. Era demasiado difícil de demostrar, naturalmente. Por lo tanto, se promovió su destitución. Querían sacarlo del tipo delictivo.



Por suerte, para la Oficina de Comercio Justo en aquel entonces, en el año 2011 comenzó el proceso de reforma. El proceso de reforma fue aplicado para todo el régimen de leyes de competencia del Reino Unido, no solo para el régimen penal, sino que amplió el alcance para que el aspecto criminal sea considerado bajo ese contexto.

Entonces ¿qué sucede? Se da inicio al proceso de reforma. Se hace una publicación de un documento de consulta con una variedad de opciones, incluyendo la reforma en cuestión del tipo delictivo de actividad de cártel en el Reino Unido. Todas involucran el hecho que se retire la deshonestidad. Algunas de ellas proponen que se hagan cosas distintas, como que se requiera una prueba de confidencialidad. En unos momentos vamos a revisar el resultado de ello, pero en el año 2014 se adoptó la Enterprise and Regulatory Reform Act y se tuvo un tipo delictivo efectivamente en el Reino Unido, el cual existe desde el 01 de abril de 2014.

El antiguo tipo delictivo aun existe. Si uno ha participado en una actividad de cártel entre el 20 de junio de 2003 y el 01 de abril de 2014, entonces aplica para el antiguo tipo delictivo y una prueba de deshonestidad es requerida. Pasada esa fecha, se aplica el nuevo tipo delictivo. En un momento voy a explicar de qué trata ese tipo delictivo.

Entonces, este es el récord, interesantemente. Hemos tenido siete casos. En tres de ellos, no se ha logrado que alguien sea procesado. En los otros cuatro, tenemos procesamientos. Hemos logrado tener tres casos exitosos. Con el caso de Marine Hoses que mencioné, el cual se resolvió con un acuerdo de cooperación por parte de los Estados Unidos, tenemos a tres personas que irán a prisión por un total de 74 meses. En los otros dos, tenemos a un sujeto que se ha declarado culpable y ha sido sentenciado con 6 meses de prisión suspendida, y otra persona que se ha declarado culpable pero que aun no ha sido sentenciado.

Hasta el momento, tenemos a 3 personas yendo a prisión por un total de 74 meses. Eso es bastante bajo. Yo podría mostrar una diapositiva con la información de los Estados Unidos, donde el tiempo promedio por cada persona que pasa en prisión es de treinta y tres meses y medio, y estamos hablando muchas personas yendo a prisión por año.

Esta es la experiencia del Reino Unido. En términos de progreso, tenemos un nuevo tipo delictivo, uno reformado. Voy a mostrar lo que en realidad incluye.

Lo primero, es que la deshonestidad fue retirada del tipo delictivo; por lo tanto, el fiscal no necesita demostrar que la actividad fue deshonest. También, y esto aplica para los otros puntos que he tratado previamente acerca de lidiar con la actividad de cártel legítima, hubo una definición de excepciones para los acuerdos que se hizo abiertamente. Tenemos dos aspectos con esas excepciones.

El primero, es el aspecto de notificación. Aquí, no se comete un delito penal si se le comunica la información relevante acerca del cartel a los clientes antes de la venta. Con las licitaciones colusorias, existe una definición similar cuando la persona que busca las licitaciones es informada acerca del aspecto colusorio de las licitaciones en el momento en el que él o ella las recibe. Por lo tanto, eso significa notificar. Por información relevante se entiende el nombre de las partes involucradas, el mercado en cuestión y la razón por la cual es considerado como un cártel.



Hacer publicaciones es aún mejor, porque es mejor para realizarse. Aquí, la información relevante, la misma información, es publicada de una forma específica antes de la implementación de un cartel. La forma de la publicación ha sido descrita por el Secretario de Estado; aquí nos referimos de hacer una publicación en el London Gazette, el Belfast Gazette o el Edinburgh Gazette.

Como parte de la reforma, también se añadieron nuevas defensas para el tipo delictivo penalizado. Debería decir que seguí el camino del proyecto de ley a través de la Cámara de los Comunes (House of Commons) y la Cámara de Lores (House of Lords). He revisado todos los debates y he leído todas las respuestas a la consulta; entonces, me mantuve actualizado con todos los desarrollos sobre el tema. Nadie hizo algún comentario sobre las defensas. Fueron implementadas a una altura muy tarde del proceso, con ningún comentario oficial o alguna explicación de por qué dichas defensas eran necesarias. Me parece que las autoridades estaban siendo cautelosas y que les preocupaba que estuviesen siendo demasiado generales en la construcción de la definición del tipo delictivo.

Ahora, se considera una defensa el demostrar que el acusado no tuvo la intención de ocultar la naturaleza del acuerdo para los clientes o la Autoridad de Competencia y Mercados (Competition and Market Authority). Entonces, si uno como acusado, confiesa y demuestra estimadas todas las probabilidades que no fue su intención el ocultar el acuerdo a las autoridades, o que no fue su intención ocultar el acuerdo a sus clientes, entonces tienes una defensa. Pero eso le correspondería demostrar a uno como acusado. Estoy de acuerdo con tener esas dos defensas. No creo que sean necesarias, pero tampoco creo que sean perjudiciales.

Ahora, escuchen lo siguiente. Esta es la tercera defensa. Es una forma de defensa, el poder demostrar que el acusado siguió una serie de pasos razonables para divulgar la naturaleza del acuerdo y presentarla ante algún abogado para pedir recomendaciones previo a la implementación o la ejecución del arreglo. Efectivamente, como cartelista, se tendría una defensa contra el delito por actividad criminal de cartel en el Reino Unido si uno va ante un abogado, le da la información acerca del arreglo del cartel que está planeando llevar a cabo, recibe los consejos o recomendaciones y luego procede a ejecutar sus operaciones. No es necesario tomar las recomendaciones, bastará solo buscar las recomendaciones o consejos al respecto. Obviamente, es una defensa muy fácil de lograr. En mi opinión, es un gran error.

Solamente quiero considerar algunos de los méritos de las reformas. Primero, la decisión de quitar la deshonestidad. La idea es que ya no se debe de probar que algo es malo o indebido para poder tener un procesamiento exitoso. Creo que fue algo bueno el deshacerse de ello. Lo segundo, es considerar las excepciones: las excepciones de notificación y publicación. Pienso que también son algo bueno. Y creo que ellas nos remiten a ciertas cosas de las que hablamos en la primera parte de la presentación. Sin embargo, las defensas creadas no son tan buenas. Con las primeras dos, digamos que puedo soportarlas, así que no me preocupan tanto. Pero, la última es inaceptable.

El primer punto que propongo es que, en efecto, fue una buena idea deshacerse del requerimiento de prueba de deshonestidad. El problema principal aquí es del tipo del "huevo y la gallina". ¿Quién fue primero, el huevo o la gallina? Las razones por las cuales tenemos el problema son porque es necesario una prueba de deshonestidad para poder tener una sentencia. Las autoridades estaban creando el tipo delictivo para la actividad criminal de



cártel para poder fortalecer las actitudes hacia los cárteles, de manera que las personas, por su propia cuenta, exijan cumplir la prohibición de los cárteles. Pero el problema es, para que se pueda lograr un procesamiento exitoso y con ello transmitir el mensaje acerca del aspecto ilícito de los cárteles, se necesita comprobar que existen actualmente normas en contra de la actividad de cártel. Debido a la definición que fue presentada en la prueba Ghosh, los fiscales necesitan demostrar que las personas honestas y la sociedad creen que el cártel es deshonesto. Esto nos lleva a preguntarnos ¿acaso lo creen así?

Hay un poco de evidencia de una encuesta que ha sido creada. Por ejemplo, el Centre for Competition Policy at the University of Cambria (Centro para las políticas de competencia de la Universidad de Cambria) creó una lista que se vio de la siguiente manera. Ellos entrevistaron a 1500 personas, si mal no recuerdo. Se descubrió que el 60% de los entrevistados creían que era deshonesto. Algunos dirían que es un porcentaje suficientemente alto. Por el contrario, otros dirían que es muy bajo.

Lo que resultó ser interesante, para mí, fue que solo el diez por ciento pensó que el encarcelamiento era necesario en este caso. Ese es un porcentaje relativamente bajo. Entonces, si la encuesta es representativa, digamos que de un grupo de jurados, solo uno de los diez miembros del grupo quisiera que la persona vaya a prisión. Y ello puede tener un impacto sobre la decisión si, por ejemplo, tienen que tener en cuenta esto como parte de un juicio penal.

La existencia de este elemento en particular puede, por consiguiente, crear un atajo al delito. Se asegura de que no funcione porque no se tiene opiniones sólidas acerca de la actividad de cartel en la sociedad.

Ahora, podemos considerar las excepciones. En mi opinión, estas nos proponen una muy buena manera para poder lidiar con la actividad de cartel legítima. Operacionaliza el tipo de defensa que podemos ver en el Artículo 101(3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (Treaty on Functioning of the European Union).

Las excepciones permiten la operacionalización de la defensa por eficiencia. Y lo más importante es que, no requiere la presentación de evidencia económica para que esto ocurra. Si las personas que inician un acuerdo en cuestión no lo hacen como parte de una conspiración criminal, pero lo hacen para conducir un negocio en una manera que es eficiente para la sociedad y no quieren correr el riesgo de ser procesados penalmente, entonces todo lo que tienen que hacer es notificar el acuerdo o publicarlo de la manera apropiada.

Si creen genuinamente que el acuerdo es correcto bajo las leyes de competencia, y desean tener certeza sobre cómo evitar un procesamiento penal, ellos podrían solo publicar la información relevante. Si están equivocados, entonces que así sea. No habría ninguna sanción penal, solo se aplicarían los procedimientos ordinarios de acuerdo con las leyes de competencia. Algunas personas dirían que, con ello, lo que harían los cartelistas en el Reino Unido sería publicar manera rutinaria sus acuerdos de cartel para así evitar sanciones penales, para conseguir inmunidad de las sanciones penales. Sin embargo, no creo que esto sea algo realístico. En los últimos cuatro años, no hemos visto que esto suceda en el Reino Unido.

No pienso que el argumento sea realista, porque los clientes estarían bastante insatisfechos si la se revela la existencia de un cártel. Los cartelistas quieren evitar que eso suceda, que



haya un impacto negativo. Pero por su puesto, si se trata de un cártel intrínsecamente nocivo -una verdadera conspiración para subir los precios- y se notifica el acuerdo, entonces serían castigados bajo el régimen administrativo.

Los cartelistas quieren evitarlo. Quisieran que el cártel se mantenga en secreto; por consiguiente, ellos no van a usar este tipo particular de excepción para perjudicar el régimen penal. En un sentido práctico, este camino sería viable solamente para aquellos que genuinamente creen que el cartel es eficiente y, por consiguiente, legítimo. Esto obliga a las partes involucradas en el cartel a notificar a sus clientes o a publicar el acuerdo -pero no es tanto pedir, en mi opinión- para asegurar que tenemos un tipo de delito en actividad que no requiere la consideración de los efectos económicos. Aun así, cuando sea cierto -y no creo que lo sea- que los cartelistas del tipo intrínsecamente nocivo publiquen sus acuerdos de manera rutinaria, eso sería algo bueno sin lugar a duda. Porque, de esta manera, la tasa de detección sería del cien por ciento y entonces no sería necesario definir cuál sería una multa óptimamente alta para que se logre la disuasión. Por lo tanto, no se necesitaría tener sanciones penales, de todos modos. Por ello, pienso que sería una situación donde todas las partes se benefician. Y yo les sugiero que esto sea adoptado por aquellos que quieren adoptar sanciones penales para la actividad de cártel criminal y quieran asegurarse que la evidencia económica no sea un requerimiento para lidiar con los cárteles legítimos.

Adicionalmente, podemos usar las excepciones de notificación y publicación para que nos ayude a vincular la actividad de cártel criminalizada con una conducta moralmente indebida. Particularmente, aquí me refiero acerca de vincular la actividad con el engaño. Pero ¿a qué me refiero por engaño? El engaño ocurre cuando un mensaje es comunicado con la intención de confundir (p.e. con la intención de que alguien crea en una falsedad) y que la persona sea confundida (p.e. creer en algo que no es cierto).

Con los cárteles y el engaño, tenemos que considerar tres escenarios diferentes. El primero, se da cuando un cartelista dice que no ha hecho un cártel. El segundo, ocurre cuando el cartelista no cumple con mencionar a sus clientes el hecho de la existencia del cártel. El tercero, se da cuando el cartelista revela o no la existencia del cartel previo a la venta. En mi opinión, los dos primeros escenarios pueden claramente involucrar una conducta engañosa. Por lo tanto, mantener el cártel en secreto o mentir sobre el cartel es considerado un engaño. Pero, no existe el engaño cuando el cártel es revelado antes de la venta.

Como cartelista, uno podría conspirar para subir los precios para los consumidores, pero no se le está mintiendo al consumidor. No se está engañando a los consumidores; se les está diciendo sobre el acuerdo. Entonces, es por ello que las excepciones pueden en realidad ayudar a que se pueda alinear el delito por actividad de cártel con las conductas moralmente indebidas.

Hasta este punto, puede que se vean inclinados en preguntar si es que dichos escenarios suceden en el mundo real. Hay que tenerlo en consideración por el momento.

El primer escenario, es cuando el cartelista miente sobre el cártel. Podemos asumir que el cartelista, al mentir, tiene como intención mantener el cártel en secreto. Desean mantenerlo en secreto para evitar multas y cualquier consecuencia negativa que afecte su reputación.

Todos compramos productos casi todos los días y no creo que haya declaraciones acerca de las personas de quienes compramos, que los productos en cuestión no están sujetos a un cártel. Pero, hay ciertas excepciones, Por ejemplo, cuando estás en un proceso de



contratación pública. En dicho contexto, puede que como licitador, se le requiera firmar un documento que reconozca que no ha habido colusión en la creación de la licitación. De hecho, la Red Internacional de Competencia (International Competition Network) ha venido pidiéndole a sus integrantes que implementen ese tipo de requerimiento en el contexto de un proceso de contratación pública. Por lo tanto, el primer escenario es posible, aunque relativamente raro en la práctica.

Pero, aún cuando esto llegase a suceder, incluso si se guarda silencio, puede que haya cierto engaño por parte del cartelista. Entonces ¿qué mensaje se transmite en el segundo escenario? El mensaje es que los bienes están a la venta. Ese mensaje no es falso, pero puede llevar a alguien a creer en algo que no es cierto. ¿Por qué? Porque el consumidor puede que asuma que el precio ofrecido es el precio competitivo y, muy importante, puede que sea el caso que el cartelista lo sepa. Los cartelistas pueden, por ejemplo, estar ofreciendo precios colusorios a los clientes por una cantidad de meses y recibir una retroalimentación por parte de los clientes. Una retroalimentación acerca de la aceptación de los precios puede asegurar que los cartelistas sepan que los clientes asumen que el cártel es inexistente.

Por lo tanto, la práctica de guardar silencio por parte del cartelista es engañosa. Se clasifica dentro del concepto de engaño. Por ello, el mantener un cártel en secreto puede ser equivalente al engaño.

Siguiendo la premisa, si queremos vincular el acto criminalizado de cártel con el engaño, necesitamos tener excepciones con los acuerdos que se hacen abiertamente -de los cuales se saben desde un principio- porque no hay engaño en ellos. Puede que no nos guste que exista el cártel, pero no podemos demostrar que hay engaño cuando hay transparencia acerca de la existencia del cártel.

Si queremos asegurarnos de que la conducta criminalizada se vincule generalmente con la inmoralidad, con las conductas moralmente indebidas (específicamente con la norma moral en contra del engaño), entonces tenemos que permitir algunas excepciones para aquellos carteles que han publicado o notificado a sus consumidores, previo a su implementación.

No fue mi intención venir aquí y decir que el Reino Unido ha resuelto los problemas prácticos respecto a la criminalización de los cárteles bastante bien, y que ustedes deben de hacer todo lo que ellos han hecho. Vine aquí con la intención de ser más objetivo y con ello, voy a revisar las defensas que han puesto en marcha.

Como he dicho anteriormente, hay tres tipos de defensa. Dos de ellas están basadas en una falta de intencionalidad: la falta de intencionalidad para ocultar el cártel de las autoridades o de los clientes. No veo que haya un gran problema con ello. Con aquellos tipos de defensa, se tiene que demostrar una negación, y eso va a ser difícil en la práctica. En cualquiera de los casos, también se pueden vincular con el engaño. Si hay una falta de intención en ocultar, entonces es probable que exista una falta de intención en confundir. Por lo tanto, no tengo mayor problema con esos tipos de defensa como tal.

Sin embargo, si tengo un problema con el tercer y último tipo de defensa añadido en el proceso de reforma. Siguiendo la reforma, es un tipo de defensa para una persona acusado con delito bajo la sección 188 de la Enterprise Act, que es el tipo delictivo de actividad de cártel en el Reino Unido, que muestra que "antes de la realización de un acuerdo, él



o ella tomó medidas razonables para asegurarse que la naturaleza de los arreglos pueda ser presentada ante asesores legales profesionales con el propósito de obtener asesoría acerca de ellos antes de su realización o (dado el caso) su implementación”.

Entonces, efectivamente, si uno toma medidas razonables para conseguir asesoría legal antes de participar de un cártel, uno tiene una defensa. No hay obligación alguna de tomar la recomendación. Y yo opino que eso se puede usar fácilmente para perjudicar el tipo delictivo. Porque si uno desea involucrarse en una actividad de cartel y no quiere ir a prisión, todo lo que necesita antes de involucrarse en la actividad de cartel es buscar asesoría acerca de la actividad por parte de su propio abogado, no del abogado de la compañía. Al hacer eso, uno tiene una defensa.

Interesantemente, los abogados no tienen que presentar el cartel a las autoridades. De hecho, si llegasen a presentar el cartel, ellos serían inhabilitados. Solo piensen al respecto. Eso es lo que uno puede hacer, si eres cartelista en el Reino Unido y no quieres ir a prisión: consigue una asesoría legal primero.

Entonces ¿qué podemos hacer? Podríamos tratar de cambiar el tipo de defensa y añadir estas palabras para cuando se vaya a interpretar el tipo de defensa: “y tomó medidas razonables para cumplir con las recomendaciones”. Bueno, esas son muchas palabras. Puede que sea posible convencer a un juez de añadir una palabra a una parte de la legislación si se puede demostrar que la intención del Parlamento fue la opuesta a lo revelado en la legislación. O que, al incluir la palabra en cuestión, el parlamento haya cometido un claro error. Va a ser muy difícil, en efecto, debatir sobre la adición de varias palabras al tipo de defensa a través de la interpretación judicial.

El problema aquí es que no hay una explicación sobre la intención del Parlamento con respecto al tipo de defensa. De hecho, he leído todo el Hansard sobre esta reforma y no hay alguna discusión sobre estos tipos de defensa. Por lo tanto, no se va a encontrar ninguna intención en el debate parlamentario o en cualquier otro reporte público disponible. Lo que resulta interesante es que, si se añaden esas palabras al tipo de defensa, no se necesitaría ninguna defensa. Piénsenlo. Uno va y consigue asesoría legal, pero para que funcione el tipo de defensa, también sería necesario que se tomen las recomendaciones legales. Pero ¿qué pasaría si, naturalmente, la recomendación fuese no participar dentro del cártel? Si se toma la recomendación, no se va a cometer el delito, entonces ¿para qué sería necesario tener un tipo de defensa para ello? En conclusión, el argumento para tener un requerimiento de cumplimiento para el tipo de defensa no tiene sentido.

Lo que podríamos hacer aquí es enfocarnos en los abogados. Se les puede hacer un requerimiento por ley para que revelen el cártel a las autoridades. Entonces, es correcto, no habría algún tipo de procesamiento penal cuando se haga la defensa, pero habría un incremento en la tasa de detección porque todos los cárteles que son presentados ante los abogados serían revelados. Pero los abogados no están dispuestos a hacer eso. No hay problema con imponer obligaciones de divulgación sobre ellos cuando se trata acerca del financiamiento de terrorismo o cuando un menor está en peligro, por ejemplo. Pero con respecto a la aplicación y cumplimiento de las leyes de cartel, van a dudar mucho al momento de cumplir tal rol de agentes de autoridad.

Mi opinión es, la cual espero sea escuchada por las autoridades del Reino Unido, es que se debe de eliminar el tipo de defensa de buscar asesoría legal. No tiene beneficio alguno y tiene la habilidad de poder perjudicar completamente la operación del régimen. Con suerte, se van a dar cuenta acerca de ello y van a eliminar el tipo de defensa.



Esta es mi conclusión. Hemos considerado algunos aspectos prácticos de la criminalización de cárteles al enfocarnos en la situación del Reino Unido. Hemos revisado la definición del tipo delictivo en particular, como también los tipos de defensas. Considero que no se debe de vincular el tipo delictivo con algún requerimiento para probar la deshonestidad o con algún tipo de conducta indebida, pero lo recomendable sería intentar de construir el tipo delictivo para la actividad criminal de cártel de tal manera que se pueda alinear con la conducta criminalizada, prácticamente con actos moralmente indebidos, particularmente con el engaño. En términos de tipos de defensas, dos de ellas no son tan grandiosas, pero podemos seguir con ellas, pero la última no debe de ser adoptada en ninguna otra jurisdicción. Ese sería mi consejo.

Muchas gracias.



PANELISTA

David Fernández

Muchas gracias. Para empezar, no me voy a detener a hacer una explicación muy detallada porque, probablemente como yo, ustedes también quieren seguir escuchando al profesor Whelan. Estaba recordando, a raíz de lo que dijo hace un momento el profesor, esta encuesta que se hizo en cuatro países: en el Reino Unido, en Alemania, en Italia y en los Estados Unidos, acerca de la percepción que tiene el público sobre una infracción, como es la concertación de precios. Según esta encuesta, y como bien ha referido el profesor, en estos países donde la actividad de competencia de la autoridad, donde la actividad de enforcement ha sido bastante más significativa de lo que podríamos haber podido esperar en otros países con agencias de competencias más jóvenes. Incluso bajo este escenario, parece que la penetración de la criminalización o de una conducta anticompetitiva como es la fijación de precios, que para la autoridad de competencia es la más grave de todas las conductas, no es equivalente o no se refleja en la percepción de los ciudadanos.

De hecho, la encuesta tiene varias partes. Una de las partes más importantes es si saben que la fijación de precios o un cartel están sujetos a algún tipo de sanción. Y cierta mayoría sabe que debería constituir una infracción o por lo menos debería estar prohibido. Pero ya en la parte en la que tratan sobre qué tipo de medida deberían aplicarse frente a carteles, las sanciones penales ocupan el último lugar frente a otro tipo de medidas como sanciones administrativas, multas; como "public shaming", un tipo de publicidad negativa contra las empresas que toman este tipo de decisiones, o la prohibición de ejercer determinados cargos en empresas.

Entonces, la percepción que se encuentra acerca de este tipo de ofensas puede ser baja en comparación con otros delitos. De hecho, la última parte de la encuesta compara el delito de fijación de precios, en estos cuatro países, con otro tipo de delitos. Y en cada uno de esos delitos, la percepción del público es que la fijación de precios –que para la autoridad de competencia como el Indecopi es una de las infracciones más graves al orden económico - está siempre rezagada. El público en general considera que hay infracciones que son más graves, desde aquellas que significan un daño físico, como aquellas que significan algún tipo de fraude, otro tipo de robo o de evasión de impuestos. La única infracción a la cual la fijación concertada de precios le gana, es decir que la gente piensa que es más grave, es descargar piratería por internet; música pirateada o videos pirateados. En estos casos, la piratería es de menor gravedad que la fijación de precios.

Entonces, da la idea, te refleja un poco cuál es el entendimiento que tenemos como público. Y si eso sucede, en países donde las agencias de competencia, las normas de competencia han sido desarrolladas por muchos más años y entendemos la política de competencia más avanzada, ¿qué podríamos esperar de una encuesta similar en nuestro país? Bueno, y ¿a qué voy con todo esto? Que, si una de las premisas de la criminalización de determinadas conductas es que, como decimos en nuestra primera clase de derecho penal probablemente, el derecho penal es tu última ratio. Es aquel sistema que está dirigido a aquellas conductas que el común denominador de las personas considera más graves.



Si eso no se cumple, entonces, ¿cuál es el presupuesto que deberíamos atender? ¿Cuál es la razón por la cual deberíamos criminalizar este tipo de conductas? Que necesitan, por supuesto, apoyo legislativo para aprobar este tipo de medidas y también apoyo del Poder Judicial, el Ministerio Público que son quienes, finalmente, van a tener un papel determinante en la aplicación de estas sanciones.

Entonces, mi primera pregunta, y prometo ya no extenderme, sería en un escenario como el Perú, donde a pesar de haber existido en algún momento, durante un período significativo, algunas sanciones penales que nunca fueron aplicadas, pero además existieron, existen actualmente posibilidades de demandas, de acciones civiles por daños, que tampoco han sido aplicadas, ¿no sería una opción que antes de pensar en sanciones penales reforcemos las posibilidades, el “awareness” de la población, la capacidad de entender lo dañino que son los carteles y después las acciones civiles? ¿Reforzar los sistemas de persecución a nivel civil de estas ofensas que consideramos graves y en última instancia ver el espacio que tienen las posibles sanciones penales? O, ¿debería ser un trabajo en paralelo o en conjunto?

Peter Whelan

Muchas gracias por tus interesantes observaciones y preguntas. Para responder rápidamente a tu pregunta, creo que sí, debemos esperar. No creo que se deba de hacer en paralelo. Creo que lo que sería necesario es tener algo consolidado antes de ello, en términos de un “awareness” o concientización significativa de las leyes de competencia; en particular, una vibrante cultura de competencia necesita existir en la jurisdicción antes de que se de lugar a la criminalización de los cárteles.

El primer punto que quiero recalcar es que las normas sociales son muy importantes en este contexto. Eso ha sido reconocido en la literatura. Por ejemplo, en el Second Cartel Report del Comité de Competencia de la OCDE, se reconoce que las sanciones penales pueden, de hecho, ser efectivas como herramientas disuasivas. Sin embargo, ellos no dicen que todos sus miembros deban de adoptarlas. Dice que los Estados que son miembros de la OCDE deberían considerar adoptar las sanciones por motivos disuasivos, pero solo lo deben de hacer de manera que se vean alineados con sus normas legales y sociales. Por lo tanto, las normas sociales son importantes y se han reconocido como tal. Ciertamente, he revisado este asunto y he tratado de analizarlo dentro de mi propia investigación.

Hubo una encuesta bastante interesante que fue hecha por el Centro para las Políticas de Competencia (Centre for Competition Policy). Se enfocaba en cuatro jurisdicciones diferentes: el Reino Unido, Alemania, Estados Unidos e Italia. Cerca de dos mil personas, aproximadamente, de cada jurisdicción fueron entrevistadas. En el Reino Unido, donde hay sanciones penales, el porcentaje de las personas quienes aceptan la criminalización de los cárteles fue bastante bajo: 27% de las personas aceptó que la criminalización de los cárteles era apropiada.

Lo interesante es que, anteriormente, en el 2008, el número era aún más bajo; era del 10%. Sin embargo, y aún más importante que eso, es que las cifras en los Estados Unidos también son muy bajas. Esto puede que sea debido a las limitaciones de la encuesta o tal vez esta muestra puede que sea representativa.



Hay que asumir que es representativa. El número fue de 36%. Yo hubiese esperado que la cifra sea mucho más alta en los Estados Unidos debido a los mensajes que tenemos por parte de las autoridades estadounidenses. Las autoridades estadounidenses fueron muy astutas en los inicios por el esfuerzo de aplicar las sanciones penales para las leyes de competencia; ellos se enfocaron en casos como las licitaciones colusorias en las fuerzas militares o con respecto a la leche para los niños de las escuelas. Por lo tanto, ellos fueron capaces de elegir los casos apropiados para intentar generar esta norma moral.

Yo opino que la tasa de aceptación es bastante baja en la encuesta realizada en los Estados Unidos. Puede que sea aún más baja en Perú, si fuese el caso que se haga una aquí, no lo sé. Pero, no parece que tenga mucho impacto en los Estados Unidos, pero hay tres razones por ello. La primera, es que se respaldan terriblemente demasiado en las sentencias de conformidad para asegurar las condenas en lugar de llevar acabo juicios con jurados.

Hay otras dos encuestas que podemos usar también como referencia. Una de ellas fue dirigida por el Departamento de Justicia en 1985 y, en esa encuesta en particular, se tuvo como resultado que la mayoría creía que la actividad de cártel era algo similar, en términos de gravedad, al robo sin lesiones infligidas. Diez años después, en otra encuesta dirigida por la Comisión de Sentencias, vemos que los encuestados dieron un tiempo promedio de encarcelamiento de un año por la actividad de cártel. Pienso que mientras algunas encuestas son útiles, no debemos depender mucho en ellas.

Mencionaste otras cosas que podríamos hacer: órdenes de inhabilitación para el ejercicio de cargos administrativos, sanciones administrativas, denuncias y desacreditación. Considero que pueden ser útiles. Por ejemplo, las órdenes de inhabilitación para el ejercicio de cargos administrativos pueden disuadir a ejecutivos jóvenes, que en realidad no quieren ser detenidos y exonerados de cualquier actividad empresarial. Por lo tanto, ellos van a pensar dos veces antes de involucrarse en una actividad de cártel si eso significa enfrentarse a alguna orden de inhabilitación para el ejercicio de cargos administrativos. Sin embargo, si se tratase de alguien que está cerca al retiro, dichas órdenes son menos potentes. Lo mismo puede decirse para los individuos que les gusta ir a diferentes jurisdicciones; tal vez, en Europa o alrededor del mundo. Si llegasen a ser castigados con una orden de inhabilitación en un país, ellos simplemente pueden irse a otro distinto. Esas son sus limitaciones; pero si son usadas correctamente, pueden ser de gran utilidad.

Lo importante es acerca de la percepción y que por último, va a depender de la educación. Puede que sea el caso donde haya un bajo nivel de percepción en la sociedad, con respecto a lo dañino o lo inmoral acerca de los cárteles. Pero eso puede cambiar. Puede cambiarse a través de la defensa, a través de la educación, a través de las campañas públicas para educar a las personas, etc.

Lo ideal es demostrar por qué la actividad de cartel es mala de acuerdo con las normas existentes, por ejemplo, normas en contra del engaño, la mentira o el robo. A nadie le gusta esas cosas. Si pudiésemos educar a las personas acerca de la naturaleza dañina de los cárteles, así como también de los aspectos inmorales de los cárteles, usando dichas normas, como resultado podríamos ser capaces de ver un respaldo o apoyo del público más sólido para la criminalización de los cárteles.

Para retomar tu pregunta, hay algunos pocos países que actualmente han tenido éxito en imponer sanciones penales. Los Estados Unidos, obviamente lidera el grupo, pero



también tenemos a Canadá, Israel, el Reino Unido y Alemania, quienes mandan gente a prisión. No obstante, el número de investigaciones es bastante bajo y la diferencia entre los Estados Unidos y el resto del mundo es bastante amplia. Pienso que debemos de ser muy cautelosos acerca de simplemente aceptar los argumentos a favor de la criminalización. Se necesita concientización pública, apoyo público, educación para el público y un régimen y cultura de competencia bastante sólidos antes de incluso llegar a considerar la criminalización de los cárteles. Es necesario tener un régimen administrativo en ejecución por cierta cantidad de años antes de considerar añadir sanciones penales o instituciones adicionales.

David Fernández

Gracias, y quisiera hacerle una pregunta adicional, ¿cómo con este tipo de medidas estamos hablando de una evolución, de un camino hacia las sanciones penales? ¿Cómo se complementan con las acciones civiles? Que, como mencionaba hace un momento, no han tenido un éxito en el país a diferencia de otros sistemas, pensando en el sistema norteamericano, donde las acciones civiles o las privadas son el común denominador en materia de competencia, ¿cuál es el espacio que tienen las acciones civiles, si es previo o es conjunto con las eventuales acciones penales? ¿Qué caminos se pueden tomar en esa dirección?

Peter Whelan

Gracias nuevamente por tu pregunta. Considero que, al menos teóricamente, la aplicación o cumplimiento privado o las acciones civiles no podrían ser sustitutos de las sanciones penales. Si volvemos a retomar nuestro modelo disuasivo, ¿qué es una acción privada de cumplimiento? Es una acción que puede finalmente llevar a la imposición de una penalidad financiera. Puede que se haga con propósitos compensatorios, o puede que se haga con propósitos disuasivos. Pero es la imposición de una sanción financiera; a menos que te refieras solamente a la declaración de ilegalidad, entonces, es una penalidad financiera.

Se lleva a cabo en un contexto diferente. Es una acción privada de cumplimiento, no una acción pública, pero aun así una sanción. Volviendo al modelo basado en la disuasión a favor de la criminalización, no hay un impacto ya sea a través de la aplicación o cumplimiento privada o pública. Si nos fijamos en la sanción financiera sobre la compañía, vamos a volver a toparnos con la pregunta acerca de cómo llegamos a definir la multa de ciento cincuenta por ciento de la facturación anual de la compañía como una sanción óptima. No podemos imponerla por cuestiones prácticas. No veo la posibilidad de la aplicación privada como un sustituto de las sanciones administrativas en dicho contexto.

Pero entrando más en detalle, puedo plantear que no soy un gran fanático de las acciones privadas de cumplimiento. Creo que la aplicación pública puede ejercer la mayoría de las funciones de la aplicación privada, y probablemente mejor que la aplicación privada.

¿De qué se trata la aplicación privada? Se trata acerca de la compensación y potencialmente acerca de la disuasión. En la Unión Europea, las autoridades han tratado de desarrollar el cumplimiento privado de las leyes de competencia. Inicialmente, en este proceso han hablado acerca de dos propósitos: compensación y disuasión. Ahora, solamente hablan acerca de la compensación.



Hay que hablar acerca de la disuasión. El cumplimiento público puede lograr la disuasión con mayor facilidad, porque con dicha aplicación se pueden tener programas de clemencia y otras técnicas que no están disponibles para un litigador privado. Por lo tanto, la detección es más alta para el beneficio de la disuasión.

Mayormente, cuando se tiene una aplicación privada, esta involucra una acción derivada de otra acción, por ejemplo, la acción privada deriva de la aplicación privada del cártel. Existen muy pocos casos donde se tienen acciones únicas para los cárteles. También, existen muchos problemas difíciles de resolver para que la aplicación privada sea efectiva. Es correcto, funciona en los Estados Unidos, pero ellos tienen un sistema muy distinto a lo que tenemos nosotros en Europa, en términos de niveles de detección, tarifas de los abogados, acciones colectivas, entre otras.

Considero que es difícil hacer que funcione, y que la aplicación pública puede lograr conseguir el aspecto disuasivo del mismo y de una manera más eficiente, según mi punto de vista. En términos de compensación, yo opino que se puede conseguir que su propia autoridad de ejecución pública intente compensar, intente buscar la compensación como parte de un cumplimiento público. Se pueden usar órdenes Cy-pres, con las cuales se puede realmente conseguir algo de dinero por parte de los delincuentes, que puede ser usado para tratar de ayudar a quienes han sido afectados, por ejemplo, los consumidores. Entonces, se recibe el pago y luego se crean esquemas o centros de investigación que puedan realmente ser de beneficio para la sociedad y para los consumidores en general. Me sentiría más cómodo con ese tipo de enfoque en lugar de invertir demasiado en un régimen que no parece funcionar en ningún otro lugar que no sea los Estados Unidos.

Esto es un poco controversial, pero es lo que opino.







palabras de **CLAUSURA**

Es un honor para el Indecopi y personalmente para mí, como Presidente del Consejo Directivo de esta institución, dar las palabras de cierre de esta Conferencia Internacional, llamada "Criminalización de los cárteles: Experiencia comparada y desafíos", en la cual, hemos tenido la oportunidad de profundizar en diversos aspectos relacionados con el tema de la criminalización de cárteles o concertaciones.

Indecopi, consciente del compromiso en el cumplimiento de sus funciones, y en un contexto económico que exige la decidida promoción de la competencia y la efectiva protección de nuestros consumidores, ha organizado esta actividad académica que constituye una importante oportunidad para profundizar sobre la represión de cárteles, tema que es de una prioridad muy elevada para la institución. Como se sabe, los cárteles son acuerdos entre competidores, que permiten aumentar significativamente los precios de los productos, controlar la producción, repartirse clientes, zonas geográficas, que lesionan de manera directa y, por lo general, sin ninguna justificación a los intereses de los consumidores y al correcto funcionamiento del mercado en general. Normalmente, son muy difíciles de detectar porque las empresas y personas que se involucran son conscientes de su comportamiento ilegal y toman medidas para eliminar rastros o evidencias de sus coordinaciones.

Los cárteles generan pérdidas a la economía y bienestar de un país, y afectan significativamente el bolsillo de los consumidores al tener que enfrentar mayores precios. Por ello, para nosotros ha sido un verdadero placer ser anfitriones de esta conferencia y deseo agradecer, principalmente, al profesor Peter Whelan, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leeds, que ha venido esta mañana para compartir con nosotros su tiempo y vasta experiencia.

Finalmente, quiero aprovechar para rendir un especial homenaje al Dr. Jaime Thorne, ex Presidente del Consejo Directivo del Indecopi, un gran profesional y persona que ha fallecido el día de ayer.



Ivo Gagliuffi Piercechi

*Presidente del Consejo Directivo del
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia
y de la Protección de la Propiedad Intelectual*



EL PERÚ PRIMERO

 Indecopi



Radio 
Indecopi

www.indecopi.gob.pe/radio

ISBN: 978-9972-664-81-6



9 789972 664816

www.indecopi.gob.pe